NOVAE
DECLARATIONES
IVRIS CIVILIS,

A subtilissimo ac perspicacissimo. D. Vaconio à Vacuna, in Sabinis, dum Iuris prudentiam publicè interpretaretur, excogitatæ,

& ab

Alexandro Albertonio ab Auricula, in Carseolis, eius discipulo collectæ, ut quæ disperse penes multos erant, in sex libros distinctæ, ciuilis doctrinæ intelligentiam illustrarent, plures quidem ab aliis interceptæ, desiderantur.

✠

Cum Priuilegio Pauli. iiii. Pont. Max. ad decennium.



ROMAE

Vincentius Luchrinus Excudebat,

ILLVSTRISS. ET REVERENDISS. D. FRANCISCO COLVMNAE ARCHIEP. TARENTINO,

Alexander Albertonius S. D.

CVM Vaconiũ ueterem familiæ uestræ clientẽ, amplitudinis uerò tuæ etiã præceptorem obseruantissimum, aliquot annos ita audiuerim, ut quos ille in iure ciuili perdifficiles sanè et perobscuros, innumerabiles penè locos, unus adhuc declarauit, & illustrauit, non solum cognouerim, sed etiam in commentariolos meos retulerim, faciendũ duxi, ut quæ mihi præclara, & admodum utilia uisa sunt, ea aliis etiam legum scientiæ studiosis aliquando impertirem. Nam & eiusmodi præceptore iure indignus iudicarer, & hominis officio abuti existimarer, si quod mihi, is, opera sua beneficium dedit, id ego, mea, in reliquos non conferrem. Quamobrem statui doctoris mei sententiam de reconditis iis in ciuili facultate locis, huic libro mandare: eumq; librum in tuo nomine ad utilitatem studiosorum emittere. Cum enim Vaconius ipse amplitudini tuæ se omnia debere fateatur, & prædicet, ego autem illi nihil non debeam, te uerò merito tuo, non solum ego, sed domus mea tota iam diu amet & obseruet, hoc propterea quicquid est, utriusq; muneris tibi iure optimo offerendum censui. Quare qui aliquem hinc fructum percipient, tibi, qui Vaconij, à quo hæc primum profecta sunt, studia aluisti, eum semper acceptum referre debebunt. Meum certè consilium qui librum ei potissimum uiro dicarim, cui cũ propter singularem

doctrinam, uitæq; integritatem, tum propter incredibilem erga bonos et eruditos homines benignitatem ac beneficentiam, nemo non improbus, aut à literis alienus non plurimum se debere confitetur, omnes (ut spero) facilè comprobabunt. Accipies igitur munus hoc iustissimis quidem de causis tibi debitum, sed ita accipies, ut non quantum tua dignitas postulat spectare, sed quantum ipse præstare possim cogitare memineris, Vale fæliciter.

AD FRANCISCVM COLVMNAM TARENTINORVM Pontificem uirum opt. ac sapientiss. Lælius Iordanus.

EXcipe Vaconij Antistes clarissime munus,
Et meritum officij nomine pignus habe,
Sacra recognosces priscorum dogmata scriptis
Deprompta, expressis sensibus arte nouis:
Quod nec sexcentis Doctorum magna caterua
Præstitit, Hic chartis ius docet omne tribus:
Vaconij tibi habe hæc summi monumenta columna
Ingenij, quæ alias non meruere manus.

AD EVNDEM.

QVòd te, ut Alexandrum, non punxerit esse magistro
Inuulgata alijs quæ tua sola forent,
Sed tutò per te liceat sine cortice nare,
Quæ datur ex opere hoc, gloria magna tua est.

ANTONII DE AMATIS
Epigramma.

VT latet in uenis silicis uix nota fauilla,
Mox tamen excusso flamma uapore micat,
Vtq; ima tegitur fuluum tellure metallum,
Extrahit inuentas deniq; fossor opes:
Et latet Eois uelut indica gemma sub undis,
Quàm uix æolio nauita rete trahit,
sic obstrusa diu per magna uolumina legum,
Exprimit in sensus ui meliore nouos:
Lector habes propria quæ dat Vaconius arte,
Dices hæc proprio Pythius ore dedit.

ALEXANDER ALBERTONIVS,
legum studiosis.

MVlti ut tempore uiuerent perenni,
Thermas, Pyramides, uiasq;, & arcus,
Theatra, amphitheatra, uel columnas
Struxere aerias, suumq; in illis
Inscribi uoluere ab arte nomen,
Cuncta hæc, longa dies ruit, tegitq;:
At tu perpetuum, tuo hoc libello,
Parasti tibi nomen, ò Vaconi,
Quod nec uis aliqua eruet, nec ætas.

AD LECTOREM.

INuenisse aliquid pròpria de mente profectum,
Est labor, inuentis addere quisq; potest,
Quicquid in hoc paruo spectabis codice lector,
Ingenio auctoris, prosiluisse feres.
Ergo emito hunc tutus, litem ne iure timeto,
Vendicet hinc aliquid, qui bene, nullus erit:
Te noua delectant, si quidem noua quisq; requirit,
Intentus legito hunc, & noua multa scies,
Si magis utilitas forsan te ducit, habebis
Sinceræ, multum hinc utilitatis, eme.

MARCVS ANTONIVS COLVMNA IVRIS Ciuilis studiosis. S. D

LIbellus hic Vaconij nostri, cū præclaras res continet, tum ab alijs non abreptas, atq; is profecto est, qui uel ab Aristophane illo, qui iudex à Ptolemæo philadelpho, inter poetas electus, ea scripta meliora esse iudicauit, quæ sua ipsiusmet, non aliena essent, præmium accipere posit, si eius esset iudicium subeundum. Quantum ucrò ad iuris ciuilis cognitionem conferat, alij iudicabunt, uidebūt enim multa, quæ in hac ciuili facultate, in hunc diem latuerunt, ita declarata, atq; illustrata, ut intelligi iam ab omnibus, haud magno negotio possint. Valete.

DVCENTAE ET SEXAGINTA DEclarationes, quæ sex paruis libris continentur, inferius, ut facilius inueniri queant, cum suis numeris locum cuiusqꝫ indicantibus ordine alphabeti descriptæ sunt, in quibus & alia obiter declarantur.

A

B

C

D

Dominij

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM

LIBER PRIMVS

PRIMA DECLARATIO IVRIS naturalis & gentium

OMNES, qui desiderant rectè ius intelligere, (Omnes autẽ desiderare debemus) eius principia clarè nosse debent. Principium enim plusquam dimidiũ totius esse uidetur eorum enim, quæ quærũtur, complura per ipsum manifesta fieri solent, Aristo: primo Ethic: Vnde altius repetentes, dicamus ius, alterum esse naturale, alterum ciuile, seu politicum, & quia uetustius est ius naturale, quod cum ipso genere humano, natura ipsa protulit. §. Singulorum Insti. de. re. diui. ideo ab ipso incipiendum est.

Pricipium plusquam dimidium

Per principia multa sunt manifesta

Est igitur sciendum, ius naturale id esse, quod semper est bonum. l. ius. de iusti: & iure. ff. c. ius naturale .i. distinc.

Ius naturale quid

Præterea ius, & iustum. idem est. ut in. v. Ethic. sed ius dicitur per apocopen, remota syllaba, tum, sicut fac, pro face. iustum autem idem est quod bonum, ergo ius naturale, est bonum quoddã à natura, idest à Deo ordinatum, ac tributum, conueniens conducensque naturæ cuiusque animalis. sicut ius gentium est bonum ordinatum à gentibus. consentaneum, utileque omnibus gẽtibus. ut est emptio, uenditio, locatio, & conductio ij enim contractus sunt utiles omnibus gentibus. ut suo loco demonstrabitur.

Iustum idẽ quod bonum

Ius gentium quid

Bellum est etiam de iuregentium. quod à gentibus ordinatum est, tãquam omnibus gentibus utile, ad propulsandam iniuriam, ad repellendos hostes, ad eosque coercẽdos . qui ad parẽdũ nati sunt, nec uolunt parere. et tale bellũ est à natura, et est bonũ. Aristo: in .i. Polit. est enim ordinatio quędamà, gentibus facta, et ita

Bellum de iure gentium

Bellum quam ob rem sit inuentum

Ius gẽtium a quo est ordinatum

est ius gentium, quod ius ratio naturalis, inter omnes gentes constituit, idest ordinauit .§. quod uerò. Insti. de iur. na. gen. & ciuil.

Ius ciuile quid

Ius uerò ciuile, est bonum quoddam à ciuitate ordinatum, utile statui illius ciuitatis, vt puta stipulatio est ius, idest ordinatio quædam ciuitatis, Possessio ciuilis est ius, itidem & iter est ius, idest ordinatio quædam ciuitatis, & ubicunque in iure ciuili dicitur aliquid esse ius, exponẽdum est, ius, idest ordinatio ciuitatis, nam ut ait Aristo. in .i. Polit. ius ciuile est ordinatio ciuilis societatis, & Imperator hoc idem dicit in .§. 1. Insti. de iur. natural. & ciui. ibi, quod quisque populus sibi constituit, idest ordinauit, uocatur ius ciuile ipsius ciuitatis, & Boetius libro tertio de consolatione, ubi late id demonstrat, ibi uideto. Omne igitur ius, est bonum quoddam. Nunc uidendum est, quid sit bonum.

Ius ciuile est ordinatio ciuilis societatis

Bonum est quod omnia appetunt

Bonum uerò est quod omnia appetunt, inquit Phil. .i. Ethic. omnia inquam etiam cognitione carentia, si quidem naturali quodam appetitu, tendunt in bonum, non uti cognoscentia, sed ut ab aliquo cognoscente mota, ad id quod est bonum, & sibi confert, ex ordinatione scilicet diuini intellectus.

Exẽplum

Quemadmodum sagitta tendit ad scopum, ex directione sagittantium, est tamen sciendum non omnia unum, & idem bonum appetere, sed alia, aliud, secundum eorum propriam naturam, nã aliud uidetur bonum homini, aliud asino, asino enim pabulum, magisquã aurum, bonum esse uidetur, ut ait Phil. x. Ethic. salices amaræ, uidentur quoddam bonum capellis, & ideo illas appetũt, homo autem illas pro cibo minime appetit.

Nõ omnia idem appetunt bonum

Bonum quid

Cum igitur idem sit ius naturale, quod bonum quoddam, bonum autem, omnia animantia appetunt, sequitur ius naturale id esse, quod omnia animantia appetunt, & ad quod natura sua inclinantur, & hoc est, quod ait, Iurecons. in l. 1. ff. de iusti. & iur. cũ inquit, ius naturale, est quod natura docuit, omnia animalia, natura scilicet increata, idest ipse intellectus increatus, qui dat unicuique animalium inclinationem appetendi bonũ, naturæ cuiusque conueniens, atque id fugiẽdi, quod cuique naturæ noxiũ uidetur.

Natura quomodo animalia docet

Natura quid

Pro clariori igitur intelligentia, scire oportet, quid sit natura, ut intelligamus quid sit hoc ius, seu bonum naturale, ad quod omnia animantia à natura inclinãtur, atque mouentur, Phil. .i. Phys. asserit, naturam esse, principium motus, & quietis, eius in quo est primum, & per se, & in .i. Polit. dicitur, perfectionem cuiusque rei esse naturã ipsius rei, Bar. in tract. de alueo .§. quod si, idẽ affirmat, quod periñde est, ac si diceretur, natura est forma cuiusque

Perfectio rei est natura ipsius rei

rei, forma enim dat esse, perfectionemque rei. l. Iulianus ad exhib. §. si quis, ff. Sali. in. l. ij. c. de rescind. uend. in. vi. col. dicit, iter perfectum & naturam, nihil medii esse, natura enim perfectis rebus inest.

Et quia animantium triplex reperitur forma, & per cõsequens triplex natura, una enim est arborũ, & hærbarum, alia animaliũ, tertia hominum, Forma, seu natura arborũ, & hærbarum, est anima uegetatiua, seu uegetabilis, quæ est causa nutriendi, augendi, generandique. Aristo. in. i. Ethic. ij. de anima, Sanctus Thomas in opusculo de potentiis animæ, Bar. in. d. tract. de alueo. §. quod si, ad hæc, ergo arbores, & hærbæ, suapte natura mouetur, tanquã ad suum bonum, & naturale ius, & sic uiuere, nutriri, & crescere in arboribus, est ius naturale, idest bonum conueniens naturæ ipsarum, & hoc iustum, & bonum, natura, idest Deus, docet omnes arbores, & herbas, appetunt præterea esse, motæ ad id à natura, quamobrem uidemus eas, in conuenientibus naturæ suæ innasci locis, aliæ enim in montibus, suapte natura ueniunt, aliæ in planicie, in paludibus aliæ, appetunt etiam nutriri tanquam bonum à natura, eis tributum, nam ueluti ore in terris demerso trahunt alimenta radicibus, ac per medullas, per robur, corticemque diffundunt, nam medulla ueluti nobilissima pars, in itima est parte, cortex uerò ut durus, rigidusque in parte exteriori, aduersus frigora gelicidium, æstusque, opponitur, & sic defensio est etiam iure naturæ arboribus, tributa.

Forma ani mantium triplex

Forma & natura arborum & herbarum que

Ius natura le arborum & herbarum

Defēsio iure nature arboribus tributa

Adde que in hęrbis, et arboribus, est etiam cõiunctio maris et fęminæ, id quod est de iure naturæ. l. i. ff. de iusti. & iur. §. i. in unaquaque enim arbore, est masculus & fęmina, non tamen distincti, immo semper in coniunctione, ut ait. Aristo. in libro. i. de generatione. c. xx. ex qua cõiunctione nascuntur & fructus, & plãtæ, & sine ea, id minime fieret.

Cõiunctio maris & fęmine in arboribus

Sunt præterea obligatæ natura ipsa, hæc omnia obseruare, obseruanntque, nam crescunt, nutriuntur, generãntue fructus, & plãtas, eiusdem generis, sed aliæ, alios fructus, alioque tempore producunt, & ita laudant Deum, Secundũ illud psalmi, Laudate Deum montes & omnes colles, ligna fructifera, & omnes cedri, laudant enim Deum obtẽperando eius pręcepto, referunt enim fructus, tanquam tributum naturæ.

Obligatio naturalis arborum & herbarum

Arbores quomodo laudant Deum

Et hoc sit primum ius, seu bonũ naturale, & appelletur ius naturale arborum, & hęrbarum, sed de hoc nihil ad leges.

II Declaratio iuris naturalis animalium.

Forma anĩ maluum

SECVNDA est forma, seu natura animaliũ omniũ, ĩter quæ etiam cõnumerentur homines, nõ tanquam homines, sed tan quã animalia, sine ratione, homo.n.absque ratione, purum est animal, cum sit corpus animatum sensibile, hæc autẽ secũda natu ra, est anima sensitiua. Bar. in.d.tract. de alueo, quæ etiã habet po tentiam uegetatiuam, ab hac anima sensitiua, seu sensiua, anima lia omnia tanquam à natura propria mouentur ad bonũ, seu ius naturale suum, Scilicet, ut se, uitam, corpusque tueãtur sine ratio ne tamen, Cicero. j. Offic. hæc autem uerba ita declarato, se, idest esse, seu essentiam, uitam, idest operationes, uita enim est actio, seu operatio uiuentis, Sanctus Thomas in opusculo de potentijs ani mæ, corpus etiam tuentur, ne scilicet offendantur, uulnerenturue, & hæc sunt bona conuenientia eorum naturæ, uiuere etiam est bõ num animalibus, & sic est ius naturale.

Vita est etiam actio

Est tamen aduertendum, uiuere simpliciter, non esse proprium ius, seu bonum animalium, est enim commune cum plantis, sed ui uere secundum appetitum, est proprium animalium.

Item ut uim, atque uiolentiam repellãt. l.i.ff.si quad.paup.fe cis.dic.§.cum arietes.

Cõiunctio maris & fe mine ani malium est sine ele ctione

Præterea animalia ad coniunctionem maris & fæminæ, suapte natura mouentur, generationis causa, non tamen ex electione, sed ab instinctu naturæ, absque ratione id fit, prout naturæ capacia sunt procreandi gratia solum, Aristo.i. Oecono. naturale enim de siderium est etiam in plantis, alterum tale relinquendi, quale ipsũ est, Aristo.i.Polit. natura enim desiderat multa similia efficere, sed est impossibile fœminam sine mare, & marem sine fæmina, hoc ad implere, ob hanc igitur rem, à natura, est ordinata coniunctio ma ris & fęminæ, sed in aliis animalibus absque ratione id fit. Aris. j. Oecono. & hoc inquit Iureconf.in.l.i.ff.de iusti. & iur. ait enim hinc, idest ex hac natura descendit maris & fæminæ coniugatio, legendum est coniunctio, non autẽ coniugatio, coniugatio enim est quasi sub iugo ligatio, & est quasi quædam societas, que non potest esse in animalibus irrationabilibus, cum contrahatur con sensu, instit. de societ. coniunctio uerò bene est, in aliis etiam ani malibus, & hic textus loquitur etiam de aliis animalibus ab ho mine, ergo &c.

Naturale desideri um ẽ alte rum tale relĩquẽdi

Cõiunctio maris & fe mine quare est ordi nata

III Declaratio An coniunctio illicita sit de iure naturæ.

QVAERIT glos. an coniunctio illicita, sit de iure naturali, Respondeo, minime, nam inter belluas non potest esse coniunctio illicita, quia in belluis, non est illicitum, nec iniquum, illicitū enim & iniquum est, id quod est contra leges, Ari. in v. Ethic. *Illicitum & iniquum*

Sed nulla lege prohibetur, coniunctio maris & fęminæ in animalibus, ergo. &c. immo ipsa natura, idest Deus, præcepit fieri talem coniunctionem, si quidem, creatis animalibus dixit, crescite & multiplicamini, & replete terram.

Est igitur huiusmodi coniunctio in belluis, secundum legem naturæ, & ita est licita & æqua, Omne enim quod fit secundum legem, est æquum, & licitum, Aristo. in v. Ethic.

Inter homines uerò non est de iure, idest de bono naturali, proptereaque non est rationi rectæ consentanea quæ est natura hominum, natura enim semper inuitat ad res honestas. Aristo. i. Ethic. est igitur uitium quoddam à praua ratione, & est intemperantia, quia fit cum quibus non oportet, & quando non oportet, ut in .iij. Ethic. Et uitia non sunt à natura, nec uirtutes morales, ut in .ij. Ethic. sed sunt in nostra potestate, bene enim agere, & male agere, in nostra est potestate. Aristo. in iij. Ethic. & ita uitia itidē, & uirtutes sunt in nostra potestate. *Nec uitia nec uirtutes sunt a natura*

Est itaque illa coniunctio illicita, prout illicita est, à nostra uoluntate, sunt tamen in hoc considerandæ duæ res, coniunctio scilicet maris & fęminæ, & illa qualitas illicita, Coniunctio perse, est bona, est enim à natura ordinata, & pręcepta, dū Deus dixit masculo, & fæmina creata, crescite & multiplicamini, & qui nascuntur ex ea coniunctione, sunt filij naturales, & sunt alendi.

Illa uerò qualitas illicita, non est à natura sed à nostra uoluntate, cum sit uitium, quamobrem est mala, & est peccatum, est enim contra diuinū præceptum illud, non mæchaberis, & peccatū mortale est præuaricatio legis diuinæ, & cælestium inobedientia mandatorum, ut S. Thomas refert in opusculo de modo confitendi. *Cōiunctio maris & feminę in se est bona*

Est itaque coniunctio maris & fæminæ, per se bona, & est à natura, illa uerò qualitas illicita, est ab homine, & est mala, sicut dicimus in diabolo, in quo natura & creatura ipsa, est bona, quia ōnis creatura Dei bona est, ēque à Deo, ut īquit Paul. ad Timot. *Natura in diabolo est bona*

cap.iiij. Malitia verò est ab illius uoluntate, non à Deo. Item homo musicus, homo pro ut est corpus naturale, est à natura, prout uerò est musicus, minime, sed ab hominis uoluntate, id efficitur.

Sequitur in.d.l.i.hinc, hoc est ex hac natura, est liberorum procreatio, & educatio, simplex .s. absque bonis moribus, hęc omnia complexus est Cicero in.i.Officiorum, cuius uerba sunt hæc.

Principio generi animãtium omni est a natura tributum, ut se, uitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quę ei nocitura uidentur, omnia, quę sint ad uiuendum necesaria, inquirat, & paret, ut pastum, latibula, & alia eiusdem generis.

Cõmune autem animantium omnium, est coniunctionis appetitus, procreãdi causa, & cura quædam eorum, quæ procreata sũt hæc Cicero.

Ad hæc igitur omnia animalia mouentur, à propria eorum natura, ueluti ad bonum, seu ius naturale, idest sibi conueniens, secũdum propriam cuiusque naturam, id enim significat, hæc appellatio naturale, non tamen omnibus animalibus est unum, & idem bonum, seu ius naturale, nam aliud est bonum piscibus, ut puta, esse sub aqua, aliud est bonum auibus, ut puta, uolare, & alia huiusmodi, & sic de aliis similibus.

Idem non ẽ bonum omnibus ãimalib.us

Item coniunctio maris & fæminæ, & procreatio, & educatio eorum, quæ procreata sunt, nõ est una, & eadem omnibus, sed diuersa, diuersoque tempore, est sciendum ad hæc omnia facienda, duci, moueri, obligarique animalia, natura ipsa, & adèo obligata sunt, ut nullo unquam tempore, ab ipsa obligatione dissoluãtur, licet duce natura, semper suo tempore, obligationi satisfaciant, quæ obligatio non nascitur, ex promissione, seu pactione aliqua, sed à propriæ naturę inclinatione, ut apparet in igne, qui natura sua, semper tendit sursum, & in lapide, qui deorsum, prout natura inclinat, & ligat, non enim mouentur eorum arbitrio, sed à natura ducuntur, sicut sagitta ad scopum, à sagittario dirigitur.

Obligatio naturalis ãimalium

Exẽplum

Sit itaque secundum ius naturale, animalium, atque obligatio quædam animalium.

IIII. Declaratio. iuris naturalis hominum

TERTIA est forma, seu natura hominum, quæ est ipsa anima rationalis, ea enim est perfectio hominis, ergo et forma, perfectio enĩ cuiusque rei, forma substãtialis est ipsius rei.

Aristo.i.Polit.Bar.in.d.tract. de alueo.§.quod si.&c operationes quæ manant ab ipsa,& cum ipsa fiunt,sunt propriæ hominis, nã uiuere sine ratione, non est proprium naturę hominis, sed est cõmune homini cum plantis,nec sentire quidem,hoc enim homini, cum equo atque boue,omnique animali, constat esse commune.

Viuere & sentire nõ est propri um homi nis

Operatio igitur per rationem,est propriæ naturæ hominũ,hæc ex Aristo.in.i.Ethic.est enim proprium ipsius hominis quoddã opus,in quo consistit bonum hominis, sicut in operatione equi, consistit bonum equi.

Hęc autem natura semper tendit,inclinatque ad bonum,sibi cõsentaneum,idest ad iustum,& honestum, illud ergo bonũ,seu ius, ad quod homo propria natura inclinatur,impelliturque,bonum. seu ius naturale hominum,appellatur,ut notat S. Thomas in.v. Ethic.

Ius natura le homi num quod

Non est ignorãdum,quoddam esse bonũ,quod apprehenditur ab ipso intellectu,sine discursu aliquo, cognosciturque ab intellectu,naturali instinctu, diuino quodam lumine,ut ait diuus Thomas in opusculo de potentiis animæ.

Veluti est religio erga Deum,obedire parẽtibus, repellere uim, seruare fidẽ, & huiusmodi, hæc enim sunt iusta,honestaque. Item reddere depositum,& cõmodatum,acquisitio alimẽtorum ex his quæ à natura sunt,ueluti ex fructibus, & animalibus, huiusmodi enim acquisitio est naturalis,ut in.i. Polit.& est à iure naturæ .c. ius naturale.i.distinc.

Vnde illud. Quis ostendet nobis bonum,signatum est lumen uultus tui,domine, super nos,& illud Ioãnis. Erat lux uera quæ illuminat omnem hominem.&c.

Quicquid igitur ipsi intellectui, instinctu naturæ,absque rationis discursu,bonum apparet,huiusmodi est ius naturale hominũ.c.ius naturale.i.distinc. ubi dicitur ,ius naturale,est id quod est commune omnium nationum, eoque ubique instinctu naturæ non constitutione habetur aliqua,& hoc ipsum ius naturale hominum,quod natura prodidit cum genere humano.§. Singulorũ Insti.de rer.diuis.uocatur.ẽt. ius gentium, ob eam rem, quòd eo gentes utuntur,non quod inuenerint.l.i.§.ius gentium.de ius & iur.ff.& hoc,Bar.in.l.si id quod.ff.de condic.indeb.ait appellari ius gentium primęuum,quod est idem, quod ius naturale,ut in dicto.§.singulorum.

Ius natura le homi num quomodo cognoscitur

Ius natura le quareuocatur ius gentium

Sed hanc appellationem primæui, & secundarij minime approbarem,si quidem dicendo primęuum,uideretur illud ius natu

rale, hodie non uigere, quasi dicat, illo æuo primo, dumtaxat ius naturale uiguisse, hodie autem minime, cum tamẽ etiam hodie, inter homines sit ius seu bonum naturale, ut superius diximus.

Ius naturale triplex

Sit itaque ius, seu bonũ naturale, ut genus, diuidaturque ĩ tres species, uidelicet, in ius, seu bonum naturale arborum, et hærbarũ, & hęc est una species, alia sit species, ius seu bonum naturale animalium, inter quæ, & homines, non considerata ratione, cõnumerentur.

Tertia erit species, ius seu bonum naturale hominum, quod et iusgentium appellatur, & hoc nunquam est iniustum, sed semper est bonum, ut in fine illius. c. &. l. ius, de iusti. & ius. ff. & intellectus simplici appulsione cognoscit id esse bonum.

Ius gentiũ quomodo cognoscitur

Illud autem quod primo aspectu, nõ apparet bonum intellectui, sed per discursum rationis reperitur esse bonum, & gentes constituerũt esse bonum, ratione naturali ductæ, est ius gentium, ueluti bella iusta, seruitutes, emptiones, & huiusmodi, ut. l. ex hoc iure. de iusti. & iur. ff.

Et quia bonum est hominis secundum rationem, uiuere, uitamque tueri, in. x. Ethic. & adeo est bonum, ut sit melius esse, & esse in inferno, quam nullo modo esse, ut ait Sanctus Thomas in compendio Theologiæ.

Defensio etiã cõcessa ãimalibus de iure naturę

Propterea quisque appetit se, uitam, corpusque tueri, & quæ ei nocitura uidẽtur declinare, & hoc unicuique à natura est tributũ.

Hoc igitur bonum, quod est conueniẽs naturæ humanæ, appellatum est bonum, seu ius naturale hominum, ex hoc iure, concessũ est homini, uim atque iniuriam propulsare, cum moderamine tutelæ. l. ut uim. ff. de iust. & iur. l. i. c. unde ui, prout ratio naturalis expostulat, inquiens, ne facias alteri, quod tibi nolueris, ut. c. i. distinc. i. & Christus noster in Euangeliio. Quęcunque uultis ut faciant uobis homines, hæc eadem facite illis.

Hæc igitur est illa moderatio, quam ratio naturalis expostulat.

V. Declaratio matrimonii

SED quoniam ipsa hominum indiuidua, nõ possunt esse perpetua, hanc ob causam, bonum est, ad generis humani perpetuitatem, ut mas & fæmina, generationis causa, coniungantur, intellige, cum electione, quæ fit recta cum ratione. Aristo. lib. iij. Ethic. & ipsa recta ratio, semper inuitat ad res honestas, lib. i. Et

hic. honestum est, ut mas uni tantum fæminæ adhæreat, quam consultando, deliberandóque sibi deligit, & hanc uxorē appellamus, id quod diuino iure præcipitur, genesi. c. ii. propter hoc, relinquet homo patrem, & matrem, & adhærebit uxori suæ, non dixit uxoribus suis.

At coniunctio maris & fæminæ, absque electione, communis est omnium animantiū, ut in .i. Polit. & qui ea utitur, est similis belluæ.

Coniunctio uerò maris & fæminæ, cum electione, est hominis tantum, ut demonstratum est, quam nos matrimonium appellamus. hoc est, quod ait iure consultus in .l. i. de iusti: & iur. ff. inquiens, hinc descendit maris & fæminæ coniugatio, quam nos matrimoniū appellamus, supple tu, coniugatio cum electione, nam coniugatio, maris & fæminæ, sine electione, quæ propria est animalium, non participantium rationis, matrimonium appellari minime licet, vnde. Aristo .i. Eco. Societas est, inquit, maxime secundum naturam maris & fæminæ, natura enim desiderat multa similia efficere, id quod sine maris & fæminæ coniūctione, adimpleri non potest, subdens, in belluis absque ratione, id efficitur, & in quantum naturæ capacia sunt, procreandi gratia solum fit.

Coiunctiō maris & femine cum electione est hoīs

Matrimonium de iur: nature

Verba illa relinquo patrem & matrem quomodo intelligantur

At in homine, non ad esse solum, uerum etiā ad bene esse, mas & fæmina ope mutua coniunguntur, filiósque procreant, non solum ut naturæ tributum ferant, sed ut commoda ex inde suscipiant, uigentes enim ipsi, imbecilles natos, labore tuētur, atque alunt, mox ipsi imbecilles ob senium facti, eadem à uigentibus filiis recipiunt, & simul natura per hunc circuitum adimplēt sempiternitatem, ut id, quod secundum numerum fieri non potest, secundum speciem efficiatur.

Est igitur matrimonium de iure naturæ hominum, origine ipsa, institutionem autem solennem, aiunt manasse, de iure diuino .i. Genesis, dum Adam dixit, hoc os ex ossibus meis, & caro de carne mea, postea de iure canonico, auctæ sunt solēnitates. subditur deinde in. d. c. i. & propter hoc, relinquet homo patrē, & matrem, & adhærebit uxori suæ, ex quibus uerbis uidetur, ut homo debeat relinquere parentes, propter uxorem, quod est contra ilud præceptum diuinum: Honora parentes, sed dic, illa uerba, aliud significare, ex illis enim prohibetur matrimonium in primo gradu, illa enim ætate solū prohibebatur filius accipere matrem, & filia patrem, fratres uero & alij, non prohibebantur,

accipere sorores, aliàsq; cõsanguineas, ut patet ĩ Caim & Abel; in lege uero Mosæ fuit prohibitus primus, & secundus gradus.

VI. Declaratio quamobrem dicatur matrimonium.

Matrimonium quare dicatur uera ratio

Quæri solitum est, quamobrem matrimonium potius à matre, quam à patre dictum sit, Respondi, neq; matrem, neque patrem esse, matrimonium, sed cõiugatio illa maris, ac fæminæ, appellatur matrimonium, & sicut terra, exqua omnes fructus nascuntur, appellatur mater, Aristo. i. de generatione. Ita ea coniugatio maris & fæminæ, ex qua omnes homines nascũtur, meritò dicenda est mater omnium, eàmq; appellamus matrimonium, idest matrem omnium, hoc ostendit iure cons. in. l. i. de iusti. & iur. ff. ibi, maris atq; fæminæ coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, meritò igitur maris & fæminæ coniugationem, matrem nominamus, & non patrem, cũ sit fæminini generis, sicut, & terra mater, & non pater nuncupatur,

Matrimonium itaq; est bonum quoddam, cõsistens in uirtute, idest in mediocritate, hoc est inter intemperantiam, & insensibilitatem, est enim quædam coniunctio, cũ quibus oportet, ubi oportet, & quando oportet, & graria cuius oportet, & hoc est mediũ, seu mediocritas, in qua uirtus consistit, ij. Ethic.

VII. Declaratio an virginitas sit uirtus.

Virginitas an sit uirtus

QVAESTIO est, an virginitas, sit in aliqua virtute ponenda, & uidetur virginitatem, non in uirtute aliqua, sed in uitio consistere.

Aequale quid

Pro quo sciendum est, in actionibus humanis, reperiri aliud plus, aliud minus, æquale aliud, æquale autem est medium, inter excessum & defectum, excessus autem & defectus, sunt vitia, & ob id uituperantur, medium siue mediocritas ĩter utrumq; est uirtus, quæ meritò laudatur, ob hanc igitur rem, dici solet, nimium et parum corrumpunt bonum, mediocritas autẽ facit, auget, & conseruat, nimii enim, & pauci cibi, ac potus, corrumpunt ualetudinem, moderati autem, faciunt, augẽt, & conseruant, virtus itaq; in mediocritate, consistit: quamobrẽ nimium dare, est uitium, est enĩ

Nimium & parum corrumpunt bonum

prodigalitas,parum dare,est itidem uitium,idest auaritia,medioc-
riter uerò dare,est uirtus,medium autem in actibus nostris est,quã
do oportet,quibus oportet,& ut oportet, & gratia cuius oportet
circa uoluptates uenereas,est etiam excessus,& defectus,& medio
critas,excessus intemperantiæ,defectus uerò insensibilitatis,u itiũ
est,mediocritas uerò,est temperantiæ uirtus.

Medium ĩ actióibus humanis

Qui igitur in uoluptatibus uenereis excedit, est intemperans, qui uerò in illis deficit,insensatus uocatur,quam obcausam,mulier nupta,quæ mediocriter uenereis uoluptatibus utitur,idest quãdo oportet,idest tempore licito,cum quibus oportet,idest cũ marito,ubi oportet,in loco honesto,utoportet,idest modo licito,gratia cuius oportet,idest procreandi causa,meritò temperans appellatur.

Intẽperãs

Insensatus

Atuirgo nunquam uenereis uoluptatibus,fruens,in defectu,& per consequens in uitio esse uidetur,& ideo insensata dicenda esset,ergo uituperanda,quia tam defectus, quam excessus uituperatur,hæc ex. Aristo.in.i.&.ij.Ethic.sed contrarium est uerum,nam ut inquit.Paulus.i.ad corin.cap.vii.Qui matrimonio iungit uirginem suam,bene facit, & qui non iungit, melius facit, est igitur uirginitas, matrimonio longe melior,sed matrimoniũ est in uirtute,scilicet in temperantia,ergo uirginitas,quæ est melior,si non est in temperantia,ut supra ostensum est,necesse est, ut in aliqua uirtute excellentiori existat.

Virginitas melior matrimonio.

Pro solutiõe sciendum est,hominem poni,quasi mediũ quoddam,inter substantias separatas,& belluas, cum substantiis enim separatis,idest cum Angelis,communicat per intellectum,&rationem,cum belluis uerò per appetitum,si itaq; homo per rationem, ita operetur per aliquam uirtutem,ut superet uirtutem humanam, quasi in similitudine substantiarum seperatarum ,huiusmodi operatio uocatur uirtus heroica,& qui ita operantur,uocantur heroes,quia per operationem rationis excellentissimam ad Deum appropinquant,dicunturq; semidei,quasi medii inter Deos, & homines, fingebanturq; à Poetis uiuere in aere,sicut Dii in cælo,& homines in terra.

Virtus heroica que

Omnis itaq; uirtus, super excellens uirtutem humanam, uocatur heroica,& qui excellit,heros appellatur,qui igitur erat fortis, super omnẽ fortem,uocabatur heros, ut Hercules,& eius uirtus, erat heroica,seu diuina,ita,& qui erat temperãs,super omnem tẽperatum,uocabatur heros,eiusq; uirtus,temperantia heroica, siue diuina,quamobrem uirgo quæ omnem excedebat temperatam,

Heros qui

Heroica, seu diuina uocabatur: hanc ob causam à Poetis, Diana et Minerua finguntur diuæ, hinc Imperatores, qui superabant in excellentia, humanas uirtutes, habebantur ab hominibus, diui: ut legitur apud Historiographos, & etiam apud iure consultos, quod tractum est à laconibus, qui cum ualde aliquem admirabantur, dicebant vir diuus est hic.

Bestiales qui

Ecõtrario, q naturã humanã, ĩ uitiis excedũt, bestiales nũcupãtur, propterea ꝙ ad bestiarum naturam propè accedũt, & hĩc, eos qui uiuunt, secundum appetitum, relicta ratione, infami hac appellatione, bestiales uocamus, hinc illud, ĩ chamo, & freno maxillas eorum constringe, qui non appriximant ad te.

Virginitas melior matrimonio

Ex his ergo cõcludẽdũ est, uirginitatẽ esse uirtutẽ heroicã, quæ omnem temperãtiam, omnẽmꝙ continentiam humanam superexcellit, et ꝓpterea meliorẽ matrimonio Nec obest, ꝙ qui est ĩ defectu, est insẽsatus, tũc.n. dicit ĩsẽsatus, quãdo nõ utitur uoluptate, eo ꝙ, eã nõ sẽtiat, sed quãdo quis à uoluptate tẽtat, si ea mediocriter utitur, dicitur temperans, hinc temperantia, quæ est uirtus moralis, at si eam penitus excedit, dicitur heros, uirtus uerò heroica appellatur, & talis est virginitas, & hæc de uirginitate.

Pater natura ipsa tenetur alere filios

Nunc ad ius naturale reuertamur, educare etiam filios, est bonũ cõueniens naturæ humanę, quoe est ipsa ratio, si est bonum naturæ conueniens, ergo iustum naturale, idest secundum naturam hominum, hoc enim huiusmodi appellatio naturalis, significat. hinc aiunt, educationem liberorum, esse de iure naturali. c. ius naturale. i. distinc. pater enim natura ipsa, tenetur alere filios, l. si. c. de bonis ꝙ lib. patet igitur, cõiũctionẽ maris, & fæminæ, esse societatẽ quãdam, generationis causa, natura ipsa constitutam, fæmina uero natura ipsa, est sub imperio maris, masculus enim principalior est fæmina, nisi alicubi cõtra naturam existit, Aristo. i. Polit. ex quo apparet fæminam dominari uiris, esse contra naturam, Aristo. ibidẽ, & hæc fuit prima societas, à natura constituta secũda & proxima est societas patris & filii, iure naturæ colligata, ut colligi potest, ex. v. et iij. Ethic.

Femina natura ipsa est sub maris ĩperio

Femina dominari uiris est contra naturã

VIII Declaratio patriæ potestatis, &c. §. ius autem. Insti. de pat. po.

QVAERITVR, an potestas patris in filios, quo ad substantiam, atꝙ esse, sit iure naturæ, an uerò ciuili constituta, Doct. aiunt, illã esse, à iure ciuili Romanoꝝ introductã, asserũtꝙ sine cõtrouersia, hoc probari. Insti. de patria potestate. §.

i. ubi Imperator ĩ hæc uerba ait, ius poteſtatis, quod ĩ liberos habemus, proprium eſt ciuium Romanorum, confirmari poteſt, hoc quod aiunt, nam patria poteſtas, per emancipationem tollitur, Inſti. quib. mod. ius. patr. po. ſol. §. per emancipationem: ſed emancipatio eſt à iure ciuili introducta, ergo patria poteſtas, eſt de iure ciuili, propterea ciuilis ratio, ciuilia quidem iura corrũpere poteſt, naturalia uerò non utiq. §. fi. Inſti. de legi. agna. tut.

Tu uerò dicas, patriam poteſtatẽ, eſſe natura ipſa; quo ad eius ſubſtantiam, hoc ipſum auctoritate, & lege demonſtratur, Primũ auctoritate. Ariſto. ait enim, in. viij. Ethic. natura, pater filiorum, Auus nepotum, imperium obtinet. natura inquit, non iure ciuili, uide obſecro, quam aperte hoc dicat, hoc idem lege confirmatur, ait enim iureconſ. in l. pronunciatio. §. iure proprio, de uerbo: ſig. ff. iure proprio, familiam dicimus, plures perſonas, quæ ſunt ſub unius poteſtate, aut natura, aut iure ſubiectæ, ut puta, patrem familias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, ſubdit deinceps, pater familias appellatur, qui ĩ domo dominium habet. poteſt ne hoc diſtinctius, apertiusq demõſtrari, natura, ait, eſſe filios, ſub patris poteſtate ſubiectos. res itaq adeò clara iã apparet, ut demonſtratione amplius non egeat. — Patria poteſt de iure nature hominum

Non obſtat tex. in d. §. ius poteſtatis, non enim inquit Imperator, poteſtatem, quam in liberos habemus, propriam eſſe ciuiũ Romanorum, ſed ait, ius poteſtatis, aliud enim eſt ius poteſtatis, aliud ipſa poteſtas, ſicut aliud eſt iusfundi, aliud eſt ipſe fundus, ius enim, ut ſuperius dictum eſt, quædam eſt ordinatio ciuilis ſocietatis, & id quod ciuitas conſtituit. ut Inſti. de iur. na. gen: & ciuil. §. 1. uerſ. ſed quod, in uerbo conſtituit, illud ergo quod conſtituit ciuitas Romana, circa poteſtatẽ patris, eſt ius, ſi quidem multos eius effectus cõſtituit, ut puta, quod filius patri acquireret, nec poſſet patrem in ius uocare, & eiuſmodi. de quibus glos. in d. §. ius poteſtatis, quamobrem hoc ius, ſeu hoſce effectus à ciuitate Romana cõſtitutos, dicam eſſe ciuium Romanorum, quòd autem hoc ita intelligi oporteat, oſtendit ibidem Imperator: Subdit. n. nulli alii ſunt homines, qui talem habeantpoteſtatem, qualem nos habemus, accuratè profectò dixit, talem, qualem, quæ uerba, ſunt relatiua qualitatis, quod perindè eſt, ac ſi dixiſſet, nulli alij habent poteſtatem, ita qualificatam, uti nos habemus. Non igitur dicit, alios eam non habere: nam & Perſæ utuntur filijs, ut ſeruis, & ita tex. ille declaratus nequaquam obſtat. — Patriæ poteſtatis effectus

Præterea non obſtat, emancipatione, tolli patris poteſtatem, ſi

quidem respondetur, emancipatione, non potestatem ipsam, quo ad substantiã tolli, sed ius illud, seu effectus potestatis. hoc ipsum ostendit, titulus ille, ita inscriptus, Quibus modis ius patriæ potestatis soluitur: non autem inscribitur, quibus modis patris potestas soluit̃ Vbicunq; itaq; in iure reperitur, filios aliqua de causa desinere esse, in patris potestate, intelligas, quo ad effectus, habes iam declarationem dicti. §. ius potestatis, & ex supradictis audacter dicito, patris potestatem, natura esse constitutam.

I X. Declaratio quamobrem inter patrem & filium non est obligatio ciuilis.

QVAERITVR etiam hic, quamobrem inter patrem, & filium, ciuilis, obligatio esse non potest, Doc. in. l. frater à fratre. ff. de condic. indeb. dicunt, patrem & filium, iure ciuili, ob patriam potestatem, eandem censeri personam. l. fin. C. de impub. & ali. sub. quam potestatem, iure ciuili esse aiunt. Insti. de patr. pot. §. i. ibi enim Imperator ait, ius patriæ potestatis, proprium est ciuium Romanorum: eam ob rem inquiunt, non posse filium patri ciuiliter obligari, & è contrario. obligaretur enim sibi ipsi, quod fieri nequit, obligatio uerò naturalis, quæ est, de iur. gen. ut inquiunt. l. cum amplius. §. is natura debet. ff. de reg. iur. bene potest esse inter patrem & filium, quum natura, eadem persona, minime censeantur, sed tanquam separati, & sic unus potest alteri obligari, hæc illi. Talis ratio in multis peccat, nam pater, & filius, etiam natura ipsa, eadem persona censentur, est enim filius, pars ipsius patris separata. Aristot. v. Ethic. & in viij. dicit, filij sunt quasi ipsi alij separatione, & est tex. apertus, in. d. l. fi. quam allegant Doctores, & non animaduertunt, ibi. n. apertè, Imperator ait, quũ natura, pater, & filius, eadem esse persona intelliguntur, et tamen alrer alteri naturaliter obligatur. Prĉterea, dum inquiunt. potestatem patris, esse propriam ciuium Romanorum, maximopere aberrant: fuit enim iure naturæ inuenta, ut supra demonstratum est, in declaratione. viij. & propterea huiusmodi eorum ratio, nullo modo procedit.

Pater & filius iur. natu: eẽse: eadẽ persona

Mouentur, & alia ratione, quamobrem inter patrem et filium, non sit obligatio ciuilis, dicunt enim, ante inuentas actiones, is, qui recipere aliquid debebat, manu regia, id consequi poterat. l. ij. de orig. iur. ff. ubi dicitur, initio ciuitatis nostræ, populus sine

certa lege, sine certo iure, agere constituit : omnia enim manu regia gubernabantur, postea inquiũt ipsi, iure ciuili, introductæ fuerunt actiones, per quas, quis in iudicio persequebatur, quod sibi debebatur : & considerauit ius ciuile, quòd patri erga filium, & domino erga seruum, remanebat illa potestas regia : quia sua auctoritate poterat auferre, à seruo, uel filio, id quod, sibi debebatur: ideo ipsi patri, & domino, de remedio actionis, uel obligationis ciuilis, minime prouidit. Et hæc ipsa ratio infirma, leuisq; est, præsupponunt enim, ante actiones inuentas, manu regis, omnia sine actione expedita fuisse, id quod minime recipiendum est.

X. Declaratio antiquæ manus regiæ.

QVID sibi uelint nescio : nullibi enim reperio, hanc manum regiam, de qua loquuntur, habuisse locum, nisi in initio Romanæ ciuitatis. d.l.ij, siquidẽ iure naturæ non erant Reges, sparsim enim habitabant, & unaquæq; familia, ab alia separata, à seniori gubernabatur. unde Homerus ait, iura dant, singulis natis, & uxoribus sparsim, nam sic antiquitus habitabant. Arist. i. Polit. Quamobrem illa manus regia, non poterat esse, quum Reges non dum essent.

Iure uerò gentium, quo Reges inuenti fuere, l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure. minime, res manu illa regia expediebantur, eò. n. iure, fuerunt constitutæ ciuitates, omnibus suis partibus perfectæ, d.l. ex hoc iure: de quibus alibi dicetur in decla. xxx. inter quas, erant Magistratus, & iudicia, ut in quarto, & sexto, Polit. qui ergò aliquid se daturos, facturósue promiserant, coràm Magistratibus conueniebantur, à quibus iuridicé, & secundum ciuitatis iura, facere, daréue cogebãtur, ut demonstrat Arist. locis supradictis: & Iurecons. in. d.l. Cum amplius, in. §. Is natura debet, de reg. iur. ubi inquit, is natura debet, quem iure gentium dare oportet.

Patet ergo, debitorem iure gentium potuisse à magistratibus cogi, quum eo iure, esset obligatus. d.l. ex hoc iure, nõ fuit igitur necessaria, eo iure illa manus regia, de qua Doctores, minimèq; de iure ciuili.

præterea, ueri Reges omnes, secundum leges, ac morem ciuitatis gubernabant, alioquin Tyranni efficiebantur, apud Lacedemonios enim, Reges secundũ leges instituebantur, imperiumq; dumtaxat habebant eorum, quæ ad bellum pertinebant. Erant præterea eis sacrificia, deorùmq; ceremoniæ commissæ, uitæ autem, ne- Regum species plures

cisqꝫ alicuius potestatem, nisi in bello non habebant.

Heroicis uerò temporibus, erant etiam Reges, qui sacrificia curabant, & de controuersiis secundum leges, moresqꝫ iudicabant, alii id faciebant, iure iurando, erat autem ius iurādū, ꝑ sceptri eleuationē;

Ex his patet, nullo unquam tempore, Reges sine obligatione, seu rudi saltem actione, aliquid expedisse: & per cōsequens, non erat manus regia, de qua Doc. Nec obstat tex. in. d. l. ij. non enim dicit, omnia manu regia gubernari, sed inquit. in initio ciuitatis nostræ: ergo alibi non ita erat, nam ante Vrbem conditam, & lacedemonij, & Athenienses sua iura, suásqꝫ actiones habebant: à, quibus Romani postea acceperunt, d. l. ij. §. postea, nec Romæ quidē sine lege, & actione, res manu regia expediebantur, nec Pomponius hoc dicit, sed ait, sine certa lege, sine certo iure, idest sine iure ciuitatis: nam initio, non erat ius ciuile Romanorum conditum: uiuebant tamen iure gentium: quo omnes gentes utebantur. §. ius autem gentium, Insti. de iur. na. gen. & ciuil. iure autem gentium, ut dictum est, erant obligationes, & actiones, saltem rudes, d. l. ex hoc iure, & d. l. cum amplius. §. is natura debet.

Manus illa regia que. Quid ergo uolunt illa uerba, uidelicet, omnia manu Regis gubernabantur: dicito, antequā essent creati magistratus, & antequā populus à Romulo esset ī triginta curias diuisus, ipse met Romulus præerat controuersiis, illásqꝫ ut iudex, secundum ius, & æquitatem gentium determinabat, uti Reges heroicis temporibus faciebant, iij. Polit. hoc idem & Moses in populo iudaico agebat, nō tamen Reges cogebant aliquem non obligatum, ad aliquid soluēdum, uel faciendum, id quod fuisset iniustum, & nō ad Reges, sed ad Tyrannos pertineret.

Postea Romulus populum ī curias diuisit, creauitqꝫ Magistratus, nec amplius manu sua propria gubernabat: sed reipub. curā, per sententiam curiarum expediebat. d. l. ij. §. i.

Ex his ergo patet, manu Regis, nil expeditum fuisse sine actione, saltem incomposita, quamobrem inter patrem & filium, eiusmodi manus regia, non poterat locum habere, cum inter eos non potuisset aliqua existere lis, seu iudicium. l. lis nulla de iudi ff.

Insuper, si uera esset Doctorum ratio, sequeretur inter patrem, & filium militem, non fuisse iudicium, quum potuisset miles, sub patria potestate, existens, manu patris, quasi manu regia, ut aiunt, compelli, quod tamen est falsum. d. l. lis nulla, sequeretur etiā hodie in aduentitiis, inter patrem & filium, non esse obligationem

ciuilem

ciuilem, nec actionem, quod est falsum: vt notant Doc. in d.l. frater à fratre.

Vera igitur ratio est, quamobrem inter patrem, & filium, nõ est obligatio ciuilis, quia lex ciuilis, his ponitur, in quibus & iniustitia, & iudicium esse potest, iudicium uerò est iudicatio iusti, atque iniusti: iniustum autem, est lucrum, seu damnũ, plus, seu minus, iustum autem, seu æquum, inter lucrum, & damnum inter plus, & minus uersatur. V. Ethic. Ergo inter eas personas, in quibus non potest esse iniustum, non est iudicium: quum iudicium sit iusti, & iniusti diiudicatio ut dixi. quod si non est iudiciũ, nõ est actio, quum actio sit ius persequendi in iudicio, &c. & si non potest esse actio, nec erit obligatio ciuilis: quia frustra esset: lex autem, & natura nil frustra faciunt: sed inter patrem, & filium non poterat esse iniustum, quia quicquid acquirebat filius, patri acquirebat. Insti. per quas perso. nob. acqui. §. Igitur liberi uestri: & iniustitia ad sua, simpliciter esse non potest: sed filius quamdiu non est separatus, est pars ipsius patris, se uerò nemo vult lædere, quapropter non est ad se ipsum iniustitia: si nõ est iniustitia, ergo nec lex, his enim est lex, quibus est parendi, imperandique æqualitas. Arist. v. Ethic. Si non est iniustitia, ergo nec erit lis, seu iudicium. d.l. lis nulla, si non erit iudicium, ergo nec actio, nec obligatio ciuilis, ex qua actio nascitur, frustra enim esset obligatio, sine actione, sed quia miles, non acquirit patri, ideo poterit inter filium militem & patrem iniustum esse. Id circo inter eos erit iudicium, actio, atque obligatio ciuilis, & hæc est uera ratio, quamobrem inter patrem & filium obligatio ciuilis, non oritur, quæ etiam habet locum inter fratres, nam duo fratres sub eiusdem patris potestate, nihil proprij habebant: quicquid enim acquirebant, eorum patri acquirebant: & per consequens inter eos non poterat esse iniustum: & consequenter, nec iudiciũ nec actio, nec obligatio ciuilis: quemadmodum nec inter patrẽ & filium, ut à nobis dictum iam est.

Obligatio ciuilis quare non est inter patrẽ & filium:

Iudicium quid:

Lex & natura nihil frustra faciunt:

Lex in quĩbus est:

L. lis nulla quo modo inteligatur

Obligatio naturalis inter patrẽ & filium quare potest esse:

At de iure naturæ, filius non acquirebat patri, sed eorũ quisque propria sibi bona possidebat, & ideo alter alteri, natura obligari poterat, ad aliquid dandum, seu faciendum. Hanc ob causam, inter eos obligatio naturalis nascitur. d. l. frater à fratre, & ibi Doctores.

Et licet inter patrem, & filium, non sit, nec lex, nec iustum ciuile, ut diximus, est tamen quoddam iustum quod paternum nuncupatur. V. Ethic. sicut enim ciuitas à Rege, ita domus, à seniore

Domus a se

niore gubernatur

gubernatur, ciuitas enim & domus ferè eodem modo reguntur, hinc aliqui dicebant, ciuitatem esse magnam domum, domum uero paruam ciuitatem, in qua pater habet imperium .l. pronunciatio. §. familia. ff. de uerb. sig.

Pater pōt facere leges in domo sua:

Ius ciuile non potest esse nisi inter equales

Poterat itaque pater constituere iustum, & leges in familia sua condere, quod iustum paternum, non autem ciuile, appellabatur, ut in. v. Ethic. iustum enim ciuile nō potest esse, nisi inter æquales ut supra diximus, & de hoc iusto paterno loquitur tex. in. l. serui de fur. ff. nō autem de regia manu, quæ nullibi fuit, eo modo, quo intelligunt Doc. huc usque de secunda hominum societate.

XI. Declaratio quis sit natura seruus, & quis contra naturam.

Societas domini & serui:

TERTIA est societas, natura ipsa, domini & serui, utilitatis gratia constituta, nam qui potest prospicere, quid agendum, seu faciendum sit, natura imperat, ac dominatur, qui autem potest corpore hoc facere, mente autem prospicere nequit, natura paret, seruitque, quapropter, & domino, & seruo idem conducit, ita Arist. in. i. Polit. ex quibus uerbis liquet, seruitutē iure naturæ ortam esse, id quod uidetur contra tex. in. §. seruitus, Insti. de iur. pers. ubi dicitur, seruitutem esse contra naturam.

Seruus natura ipsa quis

Melius semper dominatur deteriori:

Pro solutione, sciendum est, natura, ita constitutum esse, ut melius semper dominetur deteriori; ut patet in animo, & corpore, animus enim, ut nobilior, corpori secundum naturam imperat, & mens appetitui dominatur.

Item melius est, animalibus mansuetis, utputa equis, mulis, asinis & similibus (quorum opus est dumtaxat in corporis usu) ut homini pareant, ab eo enim salutem accipiunt, quum custodiuntur, gubernātur atque cibantur, & ita huiusmodi seruitus, est illis adiumento.

Seruus natura quis:

Ita & in hominibus, quicunque enim distant inter se tantū quantum animus à corpore, & homo à bestia, per hunc modum se habent, idest, ut melior secundum naturam imperet, & dominetur; deterior uero pareat. quamobrem, quorum opus cōsistit in corporis usu, & hoc est in eis potissimum (sunt enim ualidi ad perficiēda opera corporis, impotentes uerò ad opus rationis, & ad bene consulendum) ij sunt natura serui, quibus melius est, ut imperetur ab eo, qui potest mente prospicere, corporis autem usu non ualet.

Et hæc est una species seruitutis, secundum naturam, & hi ubiq; sunt serui, etiã si per accidens dominẽtur, sicut uerè nobilis, ubiq; nobilis, quòd igitur secundum naturam, alij serui sint, alij liberi, patet, quia ita seruire, conducit seruo, & domino, atq; utriq; est utile, ita Arist. i. Polit. Seruitus secundum naturam. Nobilis ubique nobilis

Alia est seruitutis species lege, seu gentium constitutione introducta: constitutio autem gentium, consensus quidam est, per quẽ ea, quæ bello capiuntur, illorum fieri dicuntur, qui cęperũt. & huiusmodi seruitus est contra naturam, fiunt enim serui per uiolentiam, nam qui uim patitur, fit seruus illius, qui uim affert, & potentia præcellit, plerũq; enim euenit, qui nobilissimi sunt, eos per uiolentiam seruos fieri, id quod est contra naturam. §. seruitus Insti. de iur. perso. Nam omnes homines, ab hac uiolenta seruitute, liberi nascuntur. §. manumissio de liber. Insti. dicitur tamen hæc seruitus iusta, propterea quod est à lege inducta: omnia enim à lege determinata, dicuntur iusta Aristo. v. Ethic. sicut dicitur hæreditas iusta, quæ ab intestato defertur, eo quòd à lege constitutum est, ad quem deferatur. l. iij. ff. pro Soc. Seruitus cõtra naturã que. Iusta legalia que. Hereditas iusta que.

Quarta societas est, natura ipsa constituta, seu ordinata, quæ domus appellatur, constatq; ex supradictis tribus societatibus, maritus enim, & uxor, pater, ac liberi, seruúsq;, seu bos, p seruo hanc efficiunt societatem. domus enim familiam, non parietes, hic significat. Constituta est huiusmodi societas, quotidianæ consuetudinis gratia, uersantur enim simul, ac uno cibo nutriuntur, focó ue uno fouentur, hinc uulgo dici solet, hæc ciuitas tot focos, idest tot familias habet. In hac quidem societate, omnia erant communia, si quidem ab uno seniore, idest, à patre familias, sub cuius potestate alij erant. l. pronunciatio. §. familiæ de uerb. sig. omnia gubernabantur Aristo. i. Polit. Domus pro familia ex quibus cõstat. Domus a seniore gubernanda

Sequebantur deinde fratrum coniunctiones, deinceps consobrinorum, sobrinorumq;, qui cum una domo, iam capi non possent, in alias domos, quasi in colonias exibant.

Deinde ex pluribus domibus, alia effecta est societas, utilitatis gratia, qui pagus appellatur. Pagus autem est, quædam domorũ collatio, cum itaq; essent plures domus, cæperũt singulæ separatim acquirere ea, quæ erant ad uiuendum necessaria, nam ut inquit Aristo. i. Polit. Alij separatim multa habebant, hæc autem acquisitio naturalis est, acquirebant. n. ea, quæ natura nutriendorum hominum causa procrearat. natura enim nihil, neq; imperfectum, neq; frustra facit: & uti bona parens, imperfectis ad Pagus quid. Natura nec imperfectum quid: nec frustra facit

huc animalibus præparat alimenta : ut patet in his, quæ ex ouis nascuntur habent, enim nutrimentum in ipsis ouis, quod appellatur uitellum, quo pascuntur, quo usque sunt ouis inclusi fœtus.

Alia uerò animalia, quæ ex ouis, minime oriuntur, habent in uentriculo matris alimentum, natura ipsa paratum, ut puta menstrua, natis uerò fœtibus, & ad huc imbecillibus eadem natura præparat alimoniam, quod lac appellatur. Sed nec etiam perfectis natura deest, quum illorum gratia multa quibus commodè uiuerent, procreauerit. Animalium enim gratia, hęrbas, plantásque gignit, hominum uerò causa & illas, cęteráque animalia, partim mansueta, partimque fera, producit, mansueta quidem, propter utilitatem, & cibum, fera autem, si non omnia, at plurima illorum propter cibum, aliáue adiumenta : ut scilicet uestis, atque alia instrumenta, ex illis conficiantur.

Omnia hominum causa creata.

Varij tamen modi alimentorum acquirendorum reperiuntur, alij enim ex agricultura, alij ex animalibus, quam uiuam appellant agriculturam, ex uenatu alij, alij aucupatu, piscatu alij, uictũ quærebant : quæ acquisitio naturalis erat : propterea quod acquirebant ea, quæ ad usum hominum, natura creauerat. Et ita, talis acquisitio, est ab ipsa natura hominibus tributa. Aristo. in .i. Polit. hinc tex. in .c. ius naturale, distin. i. dicit, iure naturali, processisse acquisitionem eorum, quæ in mari, quæ in terra capiũtur. hæc omnia colligi possunt, ex .i. Polit.

Agricultura uiua.

Acquisitio naturalis que.

XII. Declaratio an iure naturæ essent omnia communia.

Ex quibus patet manifestè eos errare, qui aiunt, iure naturæ omnia fuisse communia : cum una quæque domus haberet, & sibi acquireret ea, quæ erant ad uiuendum necessaria, ut supra dixi.

Iure naturæ non erant omnia cõmunia.

Præterea, qui dicunt omnia mobilia fuisse communia, duas à naturali iure uirtutes, liberalitatem inquam, & iustitiam, auferunt : quas tempore Saturni regnasse aiunt, quo uigebant aurea sęcula. Si erant itaque omnia communia, quo nam modo iustitia tribuebat ius suum cuique? quod proprium est iustitiæ .l. iustitia .ff. de iusti. & iur. quonam modo etiam erat liberalitas? quæ in largiendis proprijs facultatibus uersatur, dando scilicet, quibus

Iustitia & liberalitas erant iure naturæ.

oportet, & quando oportet, ut oportet, & gratia cuius oportet. Aristo. iij. Ethic.

Erat tamen eo iure liberalitas, & consequenter donatio, quæ est doni datio .l. Senatus .§. donatio de dona. cau. mor. ff. & ex mera nascitur liberalitate .l. i. ff. de dona. ne decipiare, tunc enim donatio, est iure naturæ, quando incipit à traditione, si uerò à promissione incipiat, est de iure ciuili introducta .§. de pecunia constituta. Insti. de actio.

Erat itaque communis terra ipsa dumtaxat, unde illud Virgilij. Nec signare quidem, aut partiri limite campum, Fas erat: In medium quærebant: quod dictum sic accipi oportet, non ut existimemus, nihil omnino tunc fuisse priuati: sed more poetico figuratum est, ut intelligamus, tam liberales fuisse homines, ut natas sibi fruges, non includerent: nec soli absconditis incubarent: sed pauperes ad communionem proprij laboris admitterent. Vnde illud Ouidij. Flumina iam lactis, iam flumina nectaris ibant. quippe, cum promptuaria iustorum benignè paterent omnibus, ne auaritia intercipiens beneficia diuina, famem, sitimque uulgò faceret, cum habentes non habentibus, largè, copioseque donarent hæc ex Lactantio lib. v. c. v. & Aristo. in .i. Polit. ait, omnia fuisse communia uirtute, idest liberalitate, idem in .i. Polit. dicit, alij separatim multa habebant, & tamen ibi, de iure naturæ loquitur.

Iure naturę terra ipsa erat cōmunis i Virgilii locus:

Multi multa habebāt separatim iure naturę

Adde, quod illi primi homines Caym, & Abel, habuerunt propria, unus uidelicet oues, alter agriculturam, & qui pastor erat, obtulit sacrificium ex ouibus suis, ut legitur .i. Gene.

Arg: quod non erant omnia cōmunia:

Conclude igitur ex supradictis, terram fuisse communem, mobilia uerò cuique propria, ut etiam hodie, licet sint multa propria, multa tamen remanserunt communia, ut hæc, aer, aqua profluens & mare, & per hoc littora maris, Insti. de rer. diui. §. & quidem.

Et nota hic obiter, dum Imperator ait, aqua profluens, non esse intelligendum, de cęlo profluens, ut ibi glos. dicit, si quidem aqua profluens è cęlo, non est communis, sed eius, in cuius solum cadit, cuius enim solum est, eius est, ad cęlum usque de serui .l. fi. §. penul. ff. quo nam modo, est aqua illa communis, si non potest ab omnibus, eorum arbitrio capi, cum possint à domino fundi prohiberi, ne fundum ingrediantur. §. Ferę igitur uer. planè Insti. de rer. diui.

Locus institutionis:

Aqua profluens quo modo intelligatur:

Illa itaque aqua profluens, est cōmunis, quæ in fluminibus profluit, possunt enim ex ea, omnes homines, ac etiam feræ bibere,

Aqua fluminum e cōmunis ōmnium:

vnde illud Ouidij. Quid prohibetis aquas, usus cõmunis aquarum est. at ipsum flumen, idest ipsum totum corpus aquarum, à ripa, ad ripam est publicum, ut Insti. de rerum diuis. §. Flumina, & est idem flumen hodie, quod fuit ab hinc mille annis. l. proponebatur, de iudi. ff. & de hoc loquitur titulus ne quid in flu. pub. ff. Sed aqua ipsa fluens, non est eadem numero, sed alia, atq; alia. d. l. proponebatur in fi. Aristo. meteo. ij. ait; ignis, mare, flumen specie, & quantitate, semper idem, partes uerò non eædem, semper enim permutantur, & fluunt.

Redeo itaq; ad rem nostram, uerum tamen est, terram iure naturæ fuisse communem, hinc tex. in. d. c. Ius naturale distin. 1. ait, communis omnium possessio: Ordina tu uerba, possessio communis omnium, hoc est hominum, non autem possessio omnium, scilicet rerum, ibi ponitur possessio, pro agris, ut reperitur etiam apud Ciceronem in paradoxis, alijsq; locis, q; autem ille tex. intelligi debeat de possessione, hoc est de agris, clarè patet ex inferioribus: ibi enim dicitur, restitutionem rei commodatæ, & depositæ, esse de iure naturæ, si omnia erant communia, quo nam modo erat depositum, & commodatum? dicendum est igitur, quemq; habuisse mobilia propria: erant tamen communia uirtute, idest liberalitate, ut inquit ibi glos. & Arist. ij. Polit. ait. oportet enim omnino, ut res sint propriæ, sed quodam modo communes, per uirtutem, ut est in prouerbio. Amicorum communia omnia.

amicorum omnia cõmunia

Et ex his colligitur, dominium fuisse eo iure, quod appellatur naturale, intellige naturale hominum, ut supra dixi, hoc ipsum clarissimè probatur in. §. singulorum Insti. de rerum diui. ibi Imperator ait, homines nancisci dominium, iure naturali, quod cum ipso genere humano, natura prodidit.

Apparet ergo eo iure dominium acquiri, quod simul cum hominibus ipsis natum est, quod si ita est, sequitur illud ius, fuisse id, quod naturale appellamus, nam ius illud, quod Doctores, ius gentium appellant, aliquo tempore post, ex gentium constitutione inuentum fuit.

Nec moueat quempiam, quod in eodem. §. illud ius nominatur ius gentium, nam ut supra dixi, ius naturale hominum, duabus appellationibus uocari potest, uocatur enim ius naturale hominum, propterea q; conueniens, propriumq; est naturæ hominum, idemq; uocatur ius genrium, non quia gentes id inuenerint, est enim à natura increata constitutum, sed quia gentes cõ

Ius naturale huius modi:

utuntur : hoc ipsũ apertè demõstrat .§. feræ. Insti. de rer. diui. ubi Imperator ait, omnia animalia, quæ in cælo, mari, terráq; nascuntur, iure gentium occupantis fiunt : & tamen huiusmodi acquisitio, fit iure naturali .c. ius naturale .i. distin. l. acquiritur. §. igitur, de acqui. re. do. ff.

XIII. Declaratio an seruus sit capax dominii.

SED dicet quispiam, si dominium iure naturali existit, quãobrem, seruus non est capax dominij : cum sit capax eorum, quæ sunt iuris naturæ : ut puta obligationis naturalis .l. si id quod de condi. inde. ff. Respondeo, seruum esse capacem dominij, æquè ac obligationis naturalis, sed constitutione iuris gentium, qua seruitus per uiolentiam inducta est. §. seruitus, de iur. pers. insti. constitutum fuit, ut quicquid seruus acquireret, siue dominium, siue obligationem naturalem, domino acquireret Insti. per quas pers. nob. ius acqui. in prin. & per quas pers. nob. oblig. acqui. Insti. Seruus ē capax dominii:

Non sequitur itaq;, seruus non est capax dominij, ergo dominium non est de iure naturæ, nam si hoc esset, sequeretur, quòd dominium, cuius iure digestorum non erat capax filius .§. Igitur. Insti. per quas pers. nob. ius acqui. non esset à iure gentium : cuius ordinatione, non potest, filius familias, dici diminutus, ut seruus : sed ideo filius dicitur incapax dominij, quia acquirit patri. Insti. per quas per. nob. ius acqui. §. i. Itidem & seruus, eo q; acquirit domino. Insti. eo. tit. incapax dominij obligationisq; uocatur.

Sed aduertendum est, quòd quando seruus à domino, & filius à patre acquirit, tunc nec domino, nec patri reacquiritur, sed acquisitum penes seruum, penésq; filium remanet, id quod probatur in. l. frater à fratre de condi. inde. ff. & ibi glos. & aliqui Doc. & presertim Iason. Quamobrem, si dominus donaret aliquid seruo, dominium rei donatæ, esset ipsius serui : nec ad dominum reuerteretur .d. l. si id quod, & hoc modo intelligitur tex. in d. l. si id quod. ff. de cõdi. ideb. ubi dominus obligat̃ seruo quia à domino proficiscit̃ obligatio, ideo ad eum nõ reuertit̃. Seruus quod acquirit a domino non reaquiritur domino:

Si uerò aliunde, quã à domino acquirit, tũc domino illico acquirit. Insti. per quas pers. nob. ius acqui. in prin. hanc ob causam

seruus dicitur incapax dominij, quoniam nullo momēto remanet penes ipsum .d. l. placet. & hoc idem est, in obligatione naturali, quæ aliunde quã à domino acquisita, domino statim acquiritur. Insti. per quas pers. nob. ob. acquir.

Iure naturæ erant res propriæ:

Erant igitur iure naturæ res propriæ, & dominia eorum, quæ ex terra, mari, cæló que capiebantur, ut supra dictum iam est. sed constituto pago, ex pluribus domibus, plerunque eueniebat, ut alij plura, quam opus esset, alij pauciora haberent, & ita unusquisque secundum necessitatem temporum, ac rerum utilibus inutilia permutabant, ceu uinum pro tritico, & huiusmodi, quæ ad uiuendum erat necessaria, id autem fiebat, prout indigentia postularet, & non ultra, indigentia enim mensurabat permutationem. *ut in* v. Ethic. hoc est tantum quisque accipiebat, quanto indigebat,

Permutatio aliqua fuit de iure naturæ:

huiusmodi ergò permutatio, quæ non ad amplificandum patrimonium, sed ad indigentiæ supplementum sit, est secundum naturam, & de iure naturali hominum.

XIIII. Declaratio permutationum.

EST itaque permutatio, ut ait Aristo. i. Polit. omnibus cæpta quidem ab initio, ex eo quod est, secundum naturam, cum alij plura, quam opus esset, alij pauciora haberent, quorum secundum indigentiã, necesse erat permutationem fieri, quemadmodum hodie faciunt Barbarorum nationes multæ, alia pro alijs dantes, accipentesque. inutile enim sibi pro utilibus tradunt, ceu uinum pro tritico, & cæteris talibus, Inutilia autem appellat, ea quæ supererant ad uitæ necessitatem, nec poterant uendi cum nõ esset adhuc repertus numus, & consequenter non erat uenditio. §. precium. Insti. de emp. & uend. arg. l. manumissiones de iusti. & iur. ff. quæ quidem permutatio secundum naturam inuēta est, & iure naturæ cæpit esse, ut colligi potest, ex. i. Polit.

Permutatio quedã fuit de iure gẽtium:

Deinde alia permutatio, ex iure gentium, idest ex ordinatione gentium, introducta est, nam cum à remotioribus quærerent uitæ auxilium, importando ea, quibus illi indigebant, eaque exportando, quibus abundabant, necessarió numi repertus est usus, nõ enim facile deferri poterant ea, quæ erant ad uitam necessaria, itaque ad permutationes faciendas, tale quid constituerunt gentes, inter se dare, acciperéque, id quod utile existens, haberet facilem commutandi usum, ceu ferrum, argentum, & similia, primo quidẽ

simpliciter

simpliciter, diffinitum quantitate, & pondere, deinde signo impressum, quo à mensura liberi essent: nam signum positum est ad quantitatem demonstrandam, & ita ex iure gentium, numus est repertus, hæc ex Aristo. in. i. Polit. unde Iureconsultus mutuatus est. l. i. ff. de contrahen. emp. hanc ob rem necessarius fuit numi usus.

Numus iure gentium est repertus.

Fuit etiam usus numi necessarius aliam ob causam: plerunque enim eueniebat, ut unus haberet uinum, egeret autem frumento, alter uerò habens frumentum, & uinum, egebat dumtaxat oleo: non poterat ergo egens frumento, ab eo id habere, quamobrem communi gentium consensu, inuentus est numus: qui quasi fideiussor, siue expromissor dabatur habenti frumentum, ut eo intercedente, posset à quo uis alio habere oleum, quo indigebat, ea enim uirtus, communi gentium constitutione, tributa est numo, ut eum afferenti, id, quo indigeret, dari oporteret, hæc ex Aristo. in. v. Ethic. ubi etiam ait, Numum mensuram omnium rerum esse.

Num⁹ quare fuit repertus.

Numi uirtus.

Numus est omnium rerum mensura.

Reperto itaque numo, alia acquirendi species emersit, quæ dicitur pecuniarum acquisitiua, quæ maxime circa pecuniarum quæstum uersatur, cuius duæ sunt partes, vna quæ pecuniam ad usum uitæ necessariam, ex fructibus terræ, exque animalibus, secundum naturam acquirit: natura enim necessarijs minime deficit, quamobrem acquisitio pecuniæ, pro alimentis, ex fructibus, siue ex animalibus, à natura, hominum causa, paratis, naturalis est, hæc sanè necessaria, laudabilisque habetur.

Species acquirendi.

Natura nō deficit in necessariis.

Altera est, quæ non ex fructibus, neque ex animalibus, pecuniã, sed ab hominibus acquirit: & hæc meritò est improbanda: si quidem non secundum naturam, sed à numo ipso, acquisitionem facit, uocaturque numularia.

Acquisitio numularia non est secundum naturam.

XV. Declaratio Numulariorum.

IVSTE passim, huiusmodi numularia, odio habetur: utitur enim numo, nō ad quod introductus est (commutationis enim causa, necessariò numus inductus fuit) sed ad pecunias, non ex fructibus, neque ex animalibus, sed per ipsarum pecuniarum commutationem cumulandas: per eam enim quærunt numularij, unde & quomodo, permutando pecunias, plurimum faciant lucrum: quamobrem uidentur numularij, circa pecuniarum quæstum uersari, considerantes, unde, & ex quibus locis, proueniat pecuniarũ

Numularij circa quod uersantur

multitudo, hæc ex Arist. i. Polit. ad uerbum.

Numularii qui sint:

Sunt itaq; numularij, hisce nostris temporibus, qui uulgò dicuntur bancheri, i quali danno denari à cambio, per le fiere di Lione, ó altri lochi, & pigliano denari d'altri à guadagno, parte operandoli in detti cambi, & parte pagandoli a uarie persone, per commissione de patroni.

De quibus omnibus, rationes olim in eorum codicibus conficiebant, ideo frequentissimè ad eorum fidem decurrebatur. De his igitur numularijs, loquitur Paulus in .l. quædam .§. numularios quoq;.ff. de eden. vbi huiusmodi numularios, ab Aristo. depictos paucis exprimit uerbis.

Tertia species acquirendi

Tertius modus acquirendi est, qui omnino præter naturam habetur, propterea q non solum, non utitur numo ad usum, à gentibus constitutum, idest ad comparanda ea, quæ sunt ad uiuendum necessaria, sed utitur eo, ad augendas in infinitum pecunias: id quod, etiam contra naturam efficere conatur, sola enim animantia sibi similia, natura ipsa, generant, artificiosa uerò, minime.

Usura quare est contra naturam

At homo pecuniarum cupidus, efficit, ut numus, qui animam non habet, nec uegetatiuam quidem, fœnus, idest fœtum procreet fœnus autem, se ipsum maius facit, in fœnore enim numus contra naturam, numum parit, meritò igitur reprobatur. Quamobrem maximopere, præter naturam est, hic acquirendi modus, & consequenter usura est contra naturam, & hæc est ratio, quamobrem est reprobata.

Est & alia ratio, q pecunia data mutuo, non est amplius eius, qui dedit, sed facta est, accipientis. §. i. Insti. quib. mod. re contrah. oblig. Qui igitur ex illa pecunia fructum, ueluti numos seu aliquid aliud accipit ex re non sua, accipit, est perinde ac si furaretur, nam licet is, qui accepit mutuo, id dederit, inuitus tamen dedit, coactus scilicet necessitate, hanc ob causam seruator noster Christus dixit, mutuo dantes, nihilindè sperantes.

XVI. Declaratio Argentariorum.

Argentarii qui erant

HVIVSMODI acquirendi negotio, præerant homines à ciuitate electi, qui Argentarij dicebantur, ij Romæ tabernas, in foro romano conductas, habebant, de huiusmodi tabernis, intellexit Vlpianus, in .l. qui tabernas argentarias. ff. de contrah. emp. erant hæ in foro romano, ubi uersabantur, qui da

bant, quiq; accipiebant in fœnus pecunias, Plau. in Asinaria ait, quatriduum hoc unum, modo foro operam dedi, dum reperiam, qui quæritet argentum in fœnus. Plau. in Curcul. in foro infimo boni homines, atq; diuites ambulabant, ibi sunt, qui dant, quiq; accipiant fœnore, pone ædem Castoris. Teren. in Phor. sed transi sodes ad forum, atq; illud mihi argentum rursus iube rescribi Phormio, idest per mensæ scripturam reddi, uulgò dicitur reconfirmare. Plautus.

Argentarij igitur, dati, acceptiq; rationes, tam ad se, quam ad alios pertinentes, suo officio conficiebant, scribebant enim negotiationes, ultro citroq; dandi, accipiendi, credendi, soluendiq; pecuniam, fœnonis causa: horum probatio, scriptura, codicibusq; eorum, maxime continebatur, & de his loquitur Iureconf. in tit. de eden. ff. Erant illi in negotijs fœneratitijs, ut hodie Notarij in alijs negotiationibus habentur, & uti horum, ita illorum codicibus, fides habebatur, ad eosq; recurrebatur. Argentariorum offic. Legis declaratio

XVII. Declaratio centesimæ usuræ, & quare dicantur centesimæ calendæ.

SOluebantur præterea, in huiusmodi fœneratitijs negotiationibus, usuræ centesimæ, centesima autem usura est, quæ sorti uno anno, adæquatur, idest centum pro centinario, ita glos. in. l. fi. c. de peti. hæred. quæ maximopere aberrat.

Et ut intelligas, quid sit usura centesima, scito, debitores, qui pecuniã in fęnus accipiebant, calendis cuiusq; mensis, usuras soluere solitos fuisse: id quod facilè colligi põt, ex. l. lecta. ff. si cert. pet. Centesima usura quid sit:

Scito ẽt, hanc appellationem, centesimus, centesima, centesimũ, significare unũquẽq; ex centũ, ita Lauren. Valla, idcirco Iurecon. existimat, Militẽ dictũ, quasi milesimũ quẽq;. l. i. ff. de testa. mili. quia unus ex mille eligebatur, ut dicit ibi glos.

Item decima ouis, est una ex decẽ, quæcũq; sit, & ita unaquęq; põt esse decima, uide Lau. lib. i. c. xvi. sic & cẽtesima usura dicta est, ubi centesimus quisq; numus soluebatur: reddebant. n. debitores, unum pro centinario, calendis cuiusq; mensis, ita ut uno anno duodecim numi, pro centum soluerentur.

Cẽtesimas igitur usuras, ex eo dictas existimato, quòd uno quoque mense, centesimum numũ, & consequenter duodenos numos singulo anno redderent, usuræ, n. singulis calendis exigebantur. l.

uxorem. §. item quæsitum de lega. iij. ff. & .l. qui filium, & ibi glos. in uerbo cedere. ff. eo. quamobrem, si calendis cuiusque mẽsis, centum numi reddebant unum, uno quoque anno, centũ reddebant duodecim, duodecim itaque numi, pro centum, toto anno, erat centesima usura: has centesimas usuras, Iustinianus in .l. eos c. de usu. ita moderatus est, ut illustres soluant tertiam partem centesimæ: & ita quatuor numos pro centũ pro toto anno præstãt, Et hæc dicitur usura trientalis, triens enim, est tertia pars duodecim. Alij uero, qui aliquam licitam exercent negotiationem: bessem centesimam, idest octauam partem ex duodecim soluunt.

Vsura centesima quid sit

Vsura trientalis:

At in fæneratitijs, ac traiectitijs negotiationibus, soluitur centesima usura, idest duodecim numi, pro centum, uno quoque anno. glos. uero aliter exponit, & male. Tu uero teneas, ut supra declaratum est.

Et quia huiusmodi centesimæ usuræ, solitæ sunt calendis, cuiusque mensis solui; hinc factum esse arbitror, ut calendæ appellẽtur centesimæ, ex eo quód centesimæ usuræ, in illis soluerentur. l. centesimis de uerb. oblig ff. Haud enim adduci possum, ut credam, Paulum ibi intellexisse, de centum mensibus: ut ibi aiunt scribẽtes: sed de proximis calendis: calendæ enim cuiusque mensis, centesimæ, à centesimis usuris, ut dictum iam est, dicebantur: si enim de centum mensibus loqueretur, potuisset Ireconsul. breuius, ac apertius dicere, octauo, aut nono anno dari, utiliter stipulamur, at tu, quod magis arridet, id teneto. Ex supradictis apparet, argẽtarios magnopere differre à numularijs, ut aperté patet. in. l. quædam. §. Numularios. ff. eo. Patet etiam, permutationem iure naturæ ortam fuisse.

Calendæ centesimæ quare ita dicantur

Et quoniã dictum est, iure naturæ, cuique fuisse res proprias, scilicet mobiles, consequens erat, eodem iure mutuum, depositum, commodatumque fuisse, id quod clarè probatur in .d. c. ius naturale. i. distin. ubi aperté dicitur, restitutionem depositi, commodati, præcariæ, iure naturæ inductam. Erat etiam iure naturæ donatio, quæ à traditione incipiebat, ut supra à nobis dictum iam est. Sed fortasse hoc cuipiam absurdum uideri posset, quippe cum depositum, commodatum, cæterique contractus, à iure gentium, initium sumpsisse uideantur. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur.

Mutuum & depositum fuerunt iure naturæ

XVIII. Declaratio qui contractus fuerint iure naturæ.

PRO solutione itaq; præmitto, q; sicut adoptio, capitur, ut genus, diuiditurq; in duas species, quarum una est, quando adoptantur ij, qui inpotestate parentum sunt: hæc species, nõ transit in proprium nomen: sed stat in generis nomine, uocaturq; adoptio in specie: Altera autem species est, quando adoptantur ij, qui sui iuris sunt: & hæc transit in proprium nomen, uocaturq; arrogatio, ut in. §. i. Insti. de adop.

Ius gẽtium uti genus

Ita ius gentium, uti genus capi potest: diuiditurq; in duas species: quarum una non transit in proprium nomen, sed stat in generis nomine, uocaturq; ius gentium in specie: appellatur autẽ ius gentium, quia gentes illud, per rationem naturalem constituerunt, ratiocinando, discurrendoq; de re una intellecta, ad aliam. §. i. uers. quod uerò ratio. Insti. de iur. natu. gent. & ciuil.

Iuris gentium due species

Altera est species, quæ transit in proprium nomen, uocaturq; ius naturale hominum, huiusmodi autem ius, non fuit inuentum à gentibus, sed ab instinctu naturali, sine aliqua gentium constitutione. c. ius naturali. i. distin. uocatur tamen ius gentium, eo quòd gentes eo utuntur, non quia inuenerint. l. i. §. ius naturale. ff. de iusti. & iur. uers. ius gentium.

Ius naturale non fuit iuuentum: a gentibus:

Sed ut facilè discernas ea, quæ sunt iura naturalia, ab his, quæ sunt iurisgentium, ita habeto, omnia, quæ simplici intuitu intellectus, sine rationis discursu, bona apparent, dicito esse iura, idest bona naturalia, uidelicet à natura increata, scilicet à Deo constituta, quisq; enim facilè cognoscit simplici intellectus appulsione, colere Deum, obedire parentibus, uim, atq; iniuriam propulsare, malum esse fugiendum, bonum faciendum, promissaq; seruare, reddere depositum, restituere rem commodatam, ut filij succedant in bonis patris, & alia huiusmodi: de quibus in. d. c. ius naturale, esse bona naturalia, & sic iura naturalia, idem enim est ius, & bonum, ut supra demonstratum est.

Iuris naturę que dicatur esse

Omnia uerò quæ simplici intellectus appulsione, non apparẽt bona sed per rationis discursum, bona reperiuntur, dicito, esse iure gentium, idest à gentium constitutione ordinata, utputa bella, seruitutes, emptionem, uenditionem, locationem, conductionem, terrarumq; diuisionem, & alia huiusmodi: quæ primo intuitu, non apparent bona: at si quis bene per rationem discutiet, repe-

Iuris gentium que dicantur esse:

riet procul dubio ea esse bona, & propterea dicuntur bona gentium, id est iura gentium, quæ gentes constituerunt.

XIX. Declaratio .l. ex hoc iure.

HIS præmissis, ꝑ uera .l. ex hoc iure intelligentia, dicito, iureconsſ. in .l. i. §. i. de iusti. & iur. ff. locutum fuisse, prius de iure naturali omnium animalium, deinceps in uerſ. iuris gentium, loquitur de iure naturali hominum, id quod facilé apparet in .l. ueluti, & .l. ut uim ff. eo, ubi ponens exempla, ait, ueluti erga Deum religio, ut parentibus, & patriæ pareamus, & uim atq; iniuriam propulsemus, quæ omnia, simplici intellectus appulsione, apparent bona, quamobrem dicenda sunt naturalia hominum, non à gentibus, sed à naturali instinctu, ordinata. d. c. ius naturale, ubi hæc facilé probantur.

Iure gentium que fuerunt inuēta

Postea in .l. manumissiones, loquitur de his, quæ per rationem, sunt à gentibus constituta, ut sunt seruitutes, quæ simplici intuitu intellectus, cum sint contra naturam .§. seruitus de iur. perso. Insti. non uidentur bona, sed per discursum rationis, repertum est, illas esse bonas: ut scilicet homines, in bello capti, cōseruentur. Aristo. .i. Ethic. Huc usq; igitur Iureconsſ. loquuts est, de duabus iuris gentium speciebus.

Postea, in .l. ex hoc iure, ponit indistinctè quædam: quorũ partim fuerunt introducta, ex iure gentium, in specie, utputa bella, regna, diuisio agrorum, ædificiorum collatio, emptio, & uēditio, locatio, & conductio: partim uerò, ex iure naturali hominum, ueluti depositum, mutuum, cōmodatum, quæ sine controuersia, iure naturæ emanarunt. d. c. ius naturale. i. distin.

Dum itaq; dicit Iureconsſ. ex hoc iure gentium, intellige tu, ex hoc iure gentium, quod est uti genus, ut diximus, non aũt ex hoc iure gentium, quæ est species: refertur enim ad utrãq; speciem, de quibus supra tractauerat. arg. l. talis scriptura. ff. de leg. i: & ita declaratus ille tex. non obstat, quin depositum, commodatùmue, nō sint contractus, à iure naturali introducti.

Liberorum successio fuit etiam iure naturę:

Ex supradictis satis constare arbitror, iure naturæ, fuisse dominia, & aliquas res proprias, consentaneum est etiã, ex eo iure, fuisse liberorum successiones, naturale enim est, mortuis parentibus, liberos succedere, hinc Iureconsſ. in .l. scripto. §. si. ff. unde lib. ait, liberos natura, simul & parentum uoto, ad parentum bona uocari, hoc idem probat tex. in .l. cum ratio. ff. de bon. dam.

XX. Declaratio trium testamentorũ antiquorũ.

TEstamentum ẽt, iure naturæ fuisse, nõnnlli affirmant: id quod facile admittendum arbitror, si enim habebant bona, conueniens, & naturale erat, ut ea possent, eorum arbitratu, cui uellent, uel pro meritis relinquere: sentiunt hoc Doc. & præsertim Bal. in. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur.

Solẽnitates uerò, à iure ciuili esse introductas, nemo est, qui neget: erat itaq; simplex dispositio, eo tempore, id quod, facilè colligi potest, ex sacra pagina, & præsertim, dum Esayas capite trigesimo octauo, dixit, ad Ezachiam regem: Dispone domui tuæ, quia morieris, & non uiues, quod perinde est, ac si dixisset, testamentum facias. §. disponat in aut. de nup. Si. n. iure naturæ, erat liberorum successio. d. c. ius naturale, quamobrem non dicamus, ẽt fuisse testamentum, cum ratio id suadeat, & licet prædicti doct. intelligant, fuisse iuregentium, quibus ego astipulor, nõ tamen negandum est, ẽt iure naturæ hominum, huiusmodi testamentum rũde fuisse, cum, & dominia, & res proprias, eo iure fuisse, probatũ sit, in quo quidem testamento, duo, aut tres sufficiebãt testes: siquidem in ore duorum, uel trium, stat omne uerbum. c. cum esses de testa. l. ubi numerus de testi. ff. Matth. cap. deci. octauo.

Deinde ciuitas Romana, tria testamentorũ genera constituit, vnum, quod calatis comitijs appellabatur, alterũ, quod ꝓcinctũ dicebatur, tertiũ, quod per æs & librã fiebat. Insti. de testa. in prin. Primum, ideo appellabant calatis comitijs, quia bonis initijs fiebat, ut glos. opinatur, quæ mea quidem sententia, non rectè illa uerba intellexit. Testamentum calatis comitiis:

Tu aũt dicito, comitia, esse uniuersi populi cõcionẽ, differreq; comitiũ, à concilio, nam si magistratus, nõ uniuersum populũ, sed partẽ aliquam adesse iubebat, congregatio illa, non comitium, sed concilium dicebatur. Tribuni. n. non poterant patritios uocare, sed plebem, & ideo ea, quæ plebs suo suffragio, rogante tribuno, statuebat, non leges, sed plebiscita, hoc est plebis statuta, uocabantur, sciscere enim, statuere est, unde scitum, hoc est statutum inclinatur, quibus plebiscitis, antea Patritij non tenebantur, donec Quintus Hortensius dictator, eã legẽ tulit, ut eo iure, quod plebs statuisset, oẽs quirites tenerent, & ita intelligas uerba Impe. in. §. plebiscitũ, in fi. Insti. de iusti. & iur. cuius hæc sunt uerba, sed & plebiscita, lege hortẽsia lata, nõ minus ualere q̃ leges cœperũt. Comitia que: Plebiscita plebis statuta:

hoc est, sicut leges ligabant, & plebem, & patritios, ita & plebi scita, quæ prius solam plebem coercebant, deinde lege ab Hortẽsio lata, & plebem, & patritios continere cæperunt: & ita intelligas uerba illa, uidelicet, non minus ualere cæperunt, &c.

At si Magistratus non partem aliquam, sed uniuersum populum, calari, hoc est uocari iubebat, congregatio illa, uniuersi populi, comitia à commeãdo appellabantur: huiusmodi autem comitia calata, à calo, quod sonat idem quod uoco, dicebantur, per lictorem enim, seu per cornicinem calabantur, comitiorum autem alia, erant curiata, alia centuriata, Romulus enim populum Romanum, in triginta partes diuisit, quas partes, curias à curą appellauit, proptereaq; reipublicæ curam, per earum sententias expediebat. l. ij. de orig. iur. ff. erant itaq; Romæ triginta curiæ.

Curię trigĩta

Quando igitur magistratus, uniuersum populum, alicuius rei expediendæ causa, adesse uolebat, comitia per lictorem, curiatim calari, hoc est uocari iubebat. Hanc ob causam, appellantur calata comitia. Quicunq; igitur de familia sua, hoc est de hæreditate, disponere uolebat, sententiam suam, de eo, quod post mortem suam fieri cupiebat, in comitijs calatis, his uerbis declarabat. Velitis, iubeatis Quirites, uti Lucius ualerius, post mortem meam, iure meam familiam, idest hæreditatem capiat, hoc ita ut dixi, ita uos quirites rogo, id quod, si populo placebat, fieri iubebat, & tunc illius testamentum, dicebatur factũ calatis comitijs, nec opus erat, alios proprios adhibere testes. Hodie uerò cum omnis potestâs translata sit, in principem. l. ij. §. nouissimè de orig. iur. ff. si quis coram Principe, de hæreditate sua disponat, absq; alia solẽnitate, testamentum ualebit. l. omnium. c. de testa.

Comitia calata:

Testamentum calatis comitiis forma:

Primum igitur testamenti genus, in ciuitate Romana, calatis comitijs, hoc est in uniuersi populi concione, nuncupabatur.

Alterum testamentum, procinctum dicebatur, & hoc erat testamentum militare. Milites enim cum ad prælium faciendum, & in aciem uocabantur, in procinctu ipso, poterant, absq; alia solẽnitate testari, dum tamẽ duo testes, de eius uoluntate, testimonium dicerent, in ore enim duorum stat omne uerbum. c. cum esses, de testa. & eiusmodi testamenti genere, etiam hodie uti possent milites. l. milites in expeditione. c. de testa. mil.

Testamentum procinctum quo modo fiebat:

Tertium genus est, quod dicebatur per æs & libram; scilicet per emancipationem, idest per imaginariam quandam uenditionem, ut inquit Imperator, Instit. de testa. in prin. hoc est, per familiæ, idest hæreditatis emancipationem, idest uenditionem, cui & æs, &

Testamentum per ęs & libram:

æs,& libra,adhibebatur. Et ut hæc facilè intelligãt: scito olim in Romana ciuitate,nullius rei abalienationem fieri, nisi per quãdam nexus solẽnitatem, potuisse.

XXI. Declaratio antiquæ Emancipationis, & quamobrem filius Emancipatus dicatur capite diminutus.

NEXVS apud antiquos,erat quædam iuris solẽnitas,quæ hoc modo conficiebatur: quando quis rem aliquam,puta seruum,emancipare, ideſt uendere alicui uolebat,mancipare,hoc eſt emere uolenti, in ea re,non minus quinꝗ testes, ciues Romani, ac puberes,adhibebantur: præterea alius eiusdem conditionis,qui libram æneam tenebat:& hic appellabatur libripens,is,qui seruum mancipabat,æs manu tenens,ita dicebat:Hũc ego seruum,iure quiritum,meum esse aio:isꝗ mihi emptus esto, hoc ære,æneaꝗ libra:deinde ære percutiebat libram, illudꝗ pretíj loco dabat ei,à quo seruum accipiebat:& per hanc solẽnitatẽ, seruus in dominium mancipantis,ideſt ementis transibat:Emancipare enim, eſt uendere,seu abalienare,mancipare uerò, eſt emere, seu rem sub dominio accipere.Omnes igitur res,quæ per hanc solẽnitatem abalienari poterant,hoc eſt, quæ à nostro dominio, in alterius dominium,transire poterant,mancipi seu mancupi dicebantur. Sunt autem res mancupi, res nostræ, quarum dominiũ possumus, in alium per traditionem transferre.§.per traditionem Insti.de rer. diuis.Res uerò nec mancupi, dicũtur res alienæ, quæ licet à nobis, uendi possint.l. rem,de contrah.emp.ff. tamen earum dominium,non possumus in alium transferre.l. traditio. de acqui.re.do.ff. eæ igitur,non poterant per eiusmodi emancipationem abalienari:& ideo dicebantur nec mancipi. De nexu,ac de mancipi,& nec mancipi rebus,mentionem facit Imperator in .l. unica.c.de usucap. transfor. hæc facilè colligi possunt ex Boetio in tertio Topicorum commentario. & ex Gellio libro decimo quinto cap.xxvíj.

Alienationis antiquæ solẽnitas.

Emancipare eſt uendere:

Mancipare eſt emere:

Cæterum,si pater desiderabat,filium suum mancipio,seu potestate,liberum facere,oportebat,ut eum, per huiusmodi nexus solẽnitatem,alicui,puta Gaio,uno saltem numo emanciparet, ideſt uenderet:adhibitis,non minus quinꝗ testibus, ciuibus Romanis

Emancipatio filiorum quomodo fiebat

puberibus: præterea alio, eiusdem conditionis, qui libram æneã tenebat, qui appellabatur libripens: tunc Gaius, qui filium empturus erat, numum tenens, ita dicebat: Hunc ego hominem, iure quiritum, meum esse aio, isq; mihi emptus esto, hoc numo, æneaq; libra, deinde, numo percutiebat libram, illumq; dabat ei, à quo hominem accipiebat, quasi pretij loco: quo facto, homo hoc est filius ille in imaginariam seruilem causam, dicebatur deductus. l. qui liberos. §. i. ff. de capit. dimin. & ob hanc imaginariam seruilem causam, dicebatur capite minui. Insti. de capit. dimin. §. Minima. ij. respon.

Filius emãcipatus quare dicebatur capite diminutus:

Sed an hodie, eo quod filij non ita emancipantur, hoc est uenduntur, ut olim: sed sufficit, patrem apud Magistratum, à manu sua dimittere. §. præterea uers. nostra autem. Insti. quib. mod. ius. pa. po. sol. an inquam dicantur capite minui. glo. ibi dicit, etiã hodie filium à patre manumissum, capite diminui, allegat. d. §. Minima: qui profectò non probat: ibi enim dicitur, filium familias, à patre emancipatum capite diminui, non autem dicitur, filium à patre, ut fit hodie, manu, coram Magistratu, dimissum capite minui.

Filius emãcipatus nõ dicitur hodie capite diminutus

Nec ideo dicendum est, filium capite minui, quia efficitur sui iuris, alioquin morte quoq; patris, diceretur capite minui, cum mortuo patre, sui iuris filij efficiantur. § i. Insti. quib. mod. ius pa. po. sol. id quod minime fit. Quamobrem, cessante causa, hoc est illa imaginaria seruili causa, cessat effectus. l. adigere. §. quamuis de iur. patr. ff. Non igitur hodie filius, corãm magistratu manumissus capite diminuitur.

Facta ea solẽni emancipatione, tunc Gaius coram Magistratu, eundem hominem, ita à se emptum, manumittebat: ac ita manumissus, efficiebatur sui iuris, & hoc est, quod ait Iurecons. in. l. ij. de offic. procons. ait enim, manumitti apud Proconsulem possunt, tam liberi, quam serui, ubi glos. dicit, uerbum illud manumitti, capi improprie, quod ad filios, nam filij inquit emancipantur non autem manumittuntur: Sed errat profectò, emancipatio enim, non fiebat coram Magistratu: quamobrem dicito uerbum manumitti, propriè ibi capi: nam liberi empti, per emancipationem, ab emptore ipso manumittebantur, & hic est ille antiquus manumissor, de quo Imperator, Insti. de bono. pos. §. sed eas. Et ita intelliguntur uerba illa, in. §. Præterea. Insti. quib. mod. ius. pa. po. sol. Scilicet, emancipatio per imaginarias uenditiones, & intercedentes ma-

Quare filii dicuntur manumitti:

numissiones, celebrabatur: bis enim emancipabatur, ut supra, bisq; manumittebatur: ultima tandem manumissione, liber remanebat.

Item qui uolebat filium in adoptionem alicui dare, per huiusmodi solennitatem, illum emancipabat idest uendebat, is qui adoptabat, illum emebat, deinde manumittebat, manumissusq; reuertebatur in patris potestatem, iterum pater emancipabat, iterumq; manumittebatur, rursus pater emancipabat, nec amplius ab adoptante manumittebatur, sed in eius potestate, ita emptus remanebat, ita intelligũtur uerba illa .l. si. c. de adop. dum ait, per tres emancipationes, & duas manumissiones.

L. si: c: de adop: declaratio

Sed dicet quispiam, si ita est manumissus, quamobrem non efficitur libertus. Responde, eum esse libertum, qui ex iusta seu uera seruitute manumissus est. Insti. de liber in principio, sed iste, non ex iusta, sed ex imaginaria seruitute manumissus est. d.l. qui liberos. de capit. dimi. ff. ergo &c.

Ex his facilé patere potest, quæ nam esset forma faciendi testamenti, per æs & libram, ea enim talis erat, si Lucius titius hæreditatem suam relinquere .P. Valerio desiderabat, oportebat, ut eam saltem uno numo, illi emanciparet, per supradictam nexus solẽnitatem, qua in re, adhibebantur (ut dixi) non minus quinq; testes, ciues Romani, ac puberes, præterea alius eiusdem conditionis, qui libram æneam tenebat, appellatus libripens, aderat .P. Valerius, qui familiam, hoc est hæreditatem Lucij Titij empturus erat, numum manu tenens, ita dicebat .Familiam Lucij Titij, post eius mortem, iure Quiritum, meam esse aio, eaq; hoc numo, æneaq; libra, mihi empta esto, deinde numo percutiebat libram, eumq; dabat Lucio Titio, cuius familiam, idest hæreditatem, post illius mortem, accepturus erat, numus enim ille, quasi loco prætij habebatur, & quia, non erat uerum, ac iustum prætium, hanc ob causã, dicebatur imaginaria uenditio. Et ita intelligitur id quod, Imperator dicit, Insti. de testa. His itaq; obiter dictis, redeo ad rem propositam.

Testamenti per es & libram solẽnitas:

Est etiam bonum, & naturæ congruum, ut ei, à quo plurimum accepimus, plurimum tribuamus .l. sed si lege. §. consuluit. ff. de pet. hæred. Cum igitur à Deo, & Patre, plurima acceperit homo beneficia, ab his enim habet, id quod est, idest, esse, & bene esse, necessarium est igitur, ut Deo & Patri plurimum quis retribuat, ut colligi potest, ex .ix.

Ethic. Sed nihil poteſt Deo maius reddi, quam honor: Honor .n. maximum eſt, omnium externorum bonorum. viij. Ethic. Quam obrem inſtituta eſt, iure quodam naturali, religio erga Deum, qua homines colerent Deum, ut communem parentem generis humani: qui igitur eſſendi, erudiendiq; cauſa exiſtunt, honorandi, atq; obſeruandi ſunt. viij. Ethic. eiſq; natura impellente, obediendum eſt. Hinc Iureconſ. in. l. ij. de iuſti. & iur. ff. inquit, ex hoc iure .ſ. naturali, deſcendere religionem, erga Deum, & ut parenti pareamus: & licet ibi appellet ius gentium, eſt tamen ius naturale hominum, ut ſupra dictum eſt.

Religio quare fuit inuenta:

Religio igitur cum electione, & ſecundum rectam rationem, eſt de iure naturæ hominum, ea enim ſola eſt, iure naturali hominum: nam homines præcipuè, ipſa religione, à belluis longè diſtant. Eſt tamen religio quædam, naturalis, quibuſdam belluis ab inſtinctu naturæ inſita, Elephantis enim religio, ſolis, ac lunæ ueneratio (ut Plinius ait) natura ineſt. Nam in Mauritaniæ ſaltibus, ad quendam amnem, cui nomen eſt Amilo, niteſcente luna noua, greges eorum deſcendunt, ibiq; ſe purificantes, ſolēniter, aqua circumſperguntur, atq; ita ſalutato ſidere, in ſyluas reuertuntur.

Religio cum electione ē iure naturæ hominum

XXII. Declaratio obligationis naturalis, & quomodo naſcatur.

Obligatio naturalis ē iure naturæ hominum

SEQVITVR, vt de obligatione naturali uideamus, quā affirmo eſſe iure naturæ hominum. Sciendum itaq; eſt, Naturam eſſe principium motus, & quietis, eius in quo eſt: Cum igitur propria natura, cuiuſq; rei, ſit principium, & cauſa, ut res ipſa ad ſuum finem, ſeu ad id quod ſuæ naturæ, bonum eſt, moueatur, utputa ignis, ſuapte natura mouetur, & obligatur tendere ſurſum, lapis uerò deorſum. Arbores etiam ſua natura, quæ (ut dixi) eſt anima uegetatiua, mouentur, atq; obligatæ ſunt, ſuo tempore, ad producendos fructus, & ad generandas alias ſibi ſimiles. Animalia quoq; ab inſtinctu ſuæ naturæ mouentur, atq; impelluntur: Quin etiam obligantur ad procreandum, & ad ea, quæ procreata ſunt, educanda, ad aliaq; id generis. Homo autē, qui rationis eſt particeps, etiam à natura ſua, quæ eſt anima rationalis, mouetur, impelliturq; ad expetendum, proſequendumq; id, quod eſt bonum, & conueniens ſuæ naturæ.

Obligatio naturalis animalium

Est etiam sciendum, unicuique potentiæ, à natura constitutum esse, proprium obiectum: si quidem obiectum potentiæ uisiuæ, est color, siue ipsum uisibile coloratum, Et obiectum auditus, est sonus, qui fit ex aeris cõmotione constricti, inter percutiens, & percussum, sanctus Thomas in opusculo de potentijs animæ. Obiectum potentiæ auditus:

Si igitur potentia uidendi, est optimè disposita, similiter & coloratum, & aer sit lucidus, natura ipsa, statim quis impellitur, obligaturque ad illud uidendum: nisi aliquid intercedat impedimenti: uel nisi oculos claudat: Eodem modo, obiectum intellectus speculatiui, est uerum, & falsum. Obiectum intellectus practici, est uerum consentaneum appetitui recto. Et obiectum uoluntatis, est bonum, & malum, quorum unum prosequitur, si studiosa est: alterum uerò fugit: in mente enim, est affirmatio boni, & negatio mali, in appetitu, idest in uoluntate, est persecutio illius boni, à mente, seu cogitatione, ostensi, in quod uoluntas tendit, eique inhæret: est etiam fuga illius mali á mente demonstrati, à quo uoluntas, si modo studiosa est recedit, et ita appetitus, mẽti, idest rationi obtemperat. Et quemadmodum, si quis carnem alicui ostenderet cani, tunc canis ille carnem sibi ostensam illico appeteret: Sic uoluntas appetit, ac tendit ad bonum, sibi à mente, siue intellectu, ostensum. Similitudo: Obiectum uoluntatis:

Itaque sicut ratio natura sua mouetur, impellitur, obligaturque uero inuento, acquiescere, falsum autem reijcere: Ita & uoluntas mouetur, impelliturque, & quasi uolens, obligatur sequi, obseruareque id, quod naturalis ratio affirmat, appetendum, obseruandumque fore. Bonum enim honestumque ui propria trahit, allicitque appetitum intellectiuum, hoc est uoluntatem, ad se appetendum, obseruandùmue, sicuti magnes attrahit ad se ferrum, uirtute quadam occulta. Cõparatio:

Naturalis item ratio, idest intellectus, cognoscens prima principia .i. id quod est bonũ, & æquum, ueluti bonum esse faciendũ, malum uerò fugiendum, nulli sine causa nocendum, & alia huiusmodi. Ea ostendit uoluntati, ad quæ naturaliter uoluntas ipsa inclinatur. Et quoniam bonum, atque æquum, semper est appetendum, atque obseruandum: Hinc fit, ut homo à natura sua obligetur facere, obseruareque id quod bonum, & æquum est. Natura enim uoluntati, quoddam uinculum filis æquitatis contextum, iniicit, quo uoluntas ferè ducitur ad faciendum, obseruãdumque, id, quod bonum, atque æquum uidetur, quod quidem uinculum, obligationem naturalem appellamus: quam aiunt Doc. nasci ex æquitate, Principia naturalis rationis

ut not. Bar. in .l. Iulianus de condic. indeb. ff. notant etiam alij in .l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Nam ubicunque est æquitas, et sine consensu, ibi nascitur obligatio naturalis, Exempli gratia, gessisti utiliter negocia mea absentis, obligor naturaliter, quicquid meo nomine impendisti tibi restituere. l. ij. ff. de neg. gest. Et licet Doc. dicant, eam nasci ex consensu, non arbitror id simpliciter esse uerum. Quid enim, si promittam tibi, me, homicidiū uel sacrilegium, facturum, certè nec ciuiliter, nec naturaliter obligor .l. generaliter cum .l. sequenti. ff. de uerb. oblig. & tamen ibi inest consensus, cum sit pactum .l. i. ff. de pact. Dicendum est igitur, obligationem naturalem, solum nasci ex æquitate, siue, ea contineatur, consensu, siue sola reperiatur, hoc demonstrat iureconsul. in .l. stichus. §. Naturalis. ff. de solutio. Vbi ait, obligationē naturalem, solo æquitatis uinculo sustineri. Nil aliud est igitur obligatio naturalis, quam uinculum quoddam æquitatis, quo à natura, homo ad bonum, & honestum, quasi ad suum proprium obiectum, & finem, ducitur. Sed seruare ea, quæ inter homines placuerunt, est naturalis æquitas. l. i. de pact. ff. & est bonū quoddam, ad quod obseruandum, sponte sua, sine aliquo uindice, uoluntas impellitur, vnde illud.

Obligatio naturalis solum nascitur ex æquitate

Obligationis naturalis diffinitio.

Aurea prima sata est ætas, quæ uindice nullo,
Sponte sua, sine lege, fidem, rectumque colebat.

Quicunque igitur rationis naturalis, uoluntatisque est particeps, is huiusmodi naturalis obligationis capax est, Hinc fit, ut seruus, licet sit alieno iuri subiectus, tamen, cum sit & ipse rationis particeps, naturaliter obligatur. d. l. si id quod de condic. indeb. ff. Quam obligationem, ortam esse, à iure naturæ hominum, quod supra dixi, appellari posse ius gentium, proculdubio affirmandū est. Hinc remouentur ambages, dubitationesque Doctorum in .d. .l. si id quod et .l. ex hoc iure, ubi dubitant, quomodo obligatio naturalis, possit esse de iure naturali. Cum illud sit commune hominibus, cū belluis. Ex supradictis facilè potest responderi, eā obligationem non esse iure naturali animalium, sed iure naturali hominum, quod & ius gentium, dici potest, ob eam rem, quia gentes eo utuntur. §. quod uerò. Insti. de iur. nat. gen. & ciuil. & .§. singulorū. Insti. de rer. diuis. Est igitur seruus obligationis naturalis capax, propterea quod, eo iure, non erat introducta seruitus. §. ius autem Insti. de iur. nat.

Seruus quare est capax obligationis naturalis

XXIII. Declaratio quamobrem seruus habetur pro mortuo quo ad ius ciuile.

SED hic obiter quæritur, quare seruus, quo ad ius ciuile, pro mortuo habetur. l. quod attinet, de reg. iur. ff. an propterea, quia est in domini potestate? respondetur, minime, filius enim, æque est in aliena potestate, ut Insti. de his qui sunt sui, uel alie. iur. in principio, & tamen filius pro mortuo non habetur, sed dicet quispiam, olim dominis in seruos, uitæ, necisque potestatem fuisse. §. i. Insti. eo. tit. Licet hodie ea potestas, sit sublata. §. sed si maior eo, titu. quid tum? Et patri olim licebat, filios occidere. l. in suis de libe. & posthu. ff. & tamen filius pro mortuo non habetur. — Seruus quare habetur pro mortuo quo ad ius ciuile.

An fortasse, ob id habetur seruus pro mortuo, quia quicquid acquirit, domino acquirit, ut Insti. in. d. §. i. de his qui sunt sui uel alie. iur. Minime, quoniam & filius olim, quicquid acquirebat, patri etiam acquirebat. §. i. Insti. per quas pers. nob. ius acqui. & tamen pro mortuo non habebatur, quamobrem, igitur seruus pro nihilo habetur, quo ad ius ciuile?

Est itaque aduertendum, tres reperiri hominum societates, uidelicet generis humani, iuris gentium, & ciuitatis, & in una quaque societate, est aliquod commune, cuius socij sunt participes. — Societates hominum tres

Est igitur prima societas generis humani, cuius societatis, & mens, & quicquid ex ea naturali instinctu nascitur, commune est, seruus itaque est in huiusmodi societate, & ob id est particeps mentis, seu intellectus, ille ergo, qui mentis, seu intellectus non est particeps, quo ad hanc societatem, pro mortuo habetur, ut demens, & furiosus, seruus ergo, quo ad hanc societatem, pro mortuo non habetur. — Societas generis humani.

Secunda est societas, omnium gentium, in hac, communia sunt ea, quæ ratio naturalis, apud omnes gentes constituit, ut sunt contractus quidam, & alia eiusmodi. de quibus in l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. omnes igitur, qui sunt participes contractuum, sunt capaces huiusmodi societatis: Cum igitur seruus, possit facere ea, quæ sunt iuris gentium, potest enim emere, uendere, & multa alia facere, ergo quo ad huiusmodi ius, pro mortuo non habetur. — Societas iuris gentium

Tertia est societas ciuilis, quæ dicitur ciuitas, ciuitas enim est ciuium multitudo, item ciuitas est generum, pagorumque societas, cuius finis est, bene uiuere. i. Polit. Ciues autem sunt socij unius

ciuitatis. In hac igitur societate, dicuntur esse hi, qui sunt ciues, qui uero non sunt ciues, quo ad hanc societatem, pro mortuis habentur.

Videndum est igitur, qui sint ciues, an omnes, qui in ciuitate habitant? non, nam & ministri essent ciues. An & hi, qui fori, iudicijq́ ius habent? minime, nam & aduenæ sortiuntur forumq́, ratione contractus. l. hæres absens de iudi. ff. & tamen non sunt ciues: Qui tandem erunt ciues? Hi profectó, qui potestatis publicæ, iudicandi, decernendiq́ sunt participes, idest, qui in comitijs, seu concilio, habent potestatem, proponendi, quod reipub. expedit, & suffragia dandi, ita Aristo. in. iij. Polit. Hanc ob causam, pueri, qui non sunt huiusmodi potestatis capaces, non simpliciter dicuntur ciues, sed ob spem, ut ibidem Aristo.

Seruus non est ciuis

At seruus huiusmodi potestatis, minime ē particeps: & ob id, non est ciuis, ut in. iij. Polit. si non est ciuis, sequitur, q́ nec est in ciuitate, nec etiam est capax, iuris á ciuitate instituti. Erit itaq́ extra hanc ciuilem societatem, & ideo, quo ad eam, pro nullo habetur, ut. d. l. quod attinet. Deportati, loco demortuorum habentur. l. 1. ff. de bono. posse. con. tab. §. fi. propterea q́, nō sunt amplius ciues, ut inquit Philosophus. iij. Polit. Dicuntur enim deportati, quasi extra portam scilicet ciuitatis, dati. Habentur inquam loco mortuorum, quo ad ciuilem dumtaxat societatē, sunt tamē capaces eorum, quæ sunt iure gentium introducta. d. l. quod attinet. ff. de reg. iur.

Deportatus unde dicatur:

Deportatus quare habetur pro mortuo

Sed dicet quispiam, ergo fęminæ habentur pro mortuis, cum non sint eius potestatis capaces, Respondeo, quód licet fęminæ, non sint propriē ciues, quippe cum non habeant potestatem publicē iudicandi, decernendiq́, sunt tamen, media pars ciuitatis, ciuitas enim constat, ex multitudine uirorum, ac mulierum, & Ciuitas, quæ male prouidet, circa mulieres, dimidium partis ciuitatis negligere dicitur, ita Phil. in. ij. Polit. Si igitūr fęminæ, faciunt dimidiam ciuitatis partem, non sunt mortuorum loco habendæ.

Femine sunt media pars ciuitatis:

At serui, nec sunt ciues, ut supra demonstratum est, nec aliquam partem ciuitatis faciunt: meritó, quo ad ciuitatē, & eius ius, pro nullis habētur.

Declaratio

XXIIII. Declaratio quamobrem interdicebatur aqua & igni.

IS etiam, cui aqua, & igni, olim interdictum erat, pro mortuo habebatur: nam ut inquit Festus, aqua, & igni, tam interdici solet damnatis, quàm accipiunt nouæ nuptæ, uidelicet, quia hę duæ res, humanam maxime uitam continent. Itaq; funus prosecuti redeuntes, ignem supergradiebantur, aqua asperſi, quod purgationis genus, uocabant suffitionem, Item de aqua, & igni, Lactantius libro. ij. institu. ita inquit, alterum enim quasi masculum elementum est, alterum quasi fœmininum, alterum actiuum, alterũ patibile: Ideoq; à ueteribus institutum est, ut sacramento ignis, & aquæ, nuptiarum fædera sãciãtur, quòd fœtus animantium calore, & humore corporentur, atq; animentur ad uitam: Cum enim constet, omne animal, ex anima, & corpore, materia corporis, in humore est, animæ in calore, quod ex auium fœtibus datur sciri, quos crassi humoris plenos, nisi opifex calor fouerit, nec humor potest corporari, nec corpus animari.

Aqua & igni quare adhibebatur in nuptiis:

Exulibus quoq; ignis, & aqua, interdici solebat: adhuc enim uidebatur nefas, homines quamuis malos, supplicio capitis afficere, interdicto igitur usu earum rerum, quibus hominum uita constat, perinde habebatur, ac si esset, qui eam sententiam exceperat, morte mulctatus: adeó ista duo elementa, prima sunt habita, ut nec ortum hominis, nec sine ijs, uitam crediderint posse constare, hactenus, Lactantius ad uerbum.

Aqua & igni quare exulibus interdici solebat.

Ex his igitur patet, quamobrem is, cui aqua, & igni, erat interdictum, mediam capitis diminutionem patiebatur, quia, ut supra dictum est, pro mortuo habebatur: & ideo prioris status, fiebat commutatio: prius enim erat socius ciuitatis, cum ciuis haberetur: ciuis enim est socius ciuitatis. iij. Polit. nam ciuitas quædam est societas. iij. Polit. desinebat igitur esse ciuis: & sic amittebat ciuitatem. is enim ciuitatem amittere dicitur, qui ciuis esse desinit, ciuis autem desinit esse, cum á ciuium societate rejicitur: & licet ciuilem amittat societatem, retinet tamen iurisgentium societatem: estq; capax eorum, quæ in ea ciuitate iuregentium communia sunt, ut supra dictum est de seruo, & consequenter retinet iurisgẽtium libertatem.

Aque & ignis interdictionem passus quare habebatur pro mortuo:

Ciuis est socius ciuitatis:

F

Hinc Imperator in .§. minor. Insti. de capit. dimi. ait, libertas uerò retinetur, sed libertas ciuilis amittitur. l. cognitionum .§. fi. ff. de uar. & extraor. cog. non enim potest facere ea, quæ ciues possunt: non poterat comitijs interesse, nec erat particeps potestatis publicæ, iudicandi, decernendiq; in comitijs, suffragiaq; dandi. Aristo. iij. Polit.

Præterea is, cui aqua, & igni interdictum est, testamentum de iure ciuili, ualidum facere minime potest .l. eius .§. i. ff. de testa. Et ut summatim dicam, nihil eorum, quæ sunt ciuibus communia, is exercere potest, non ab re igitur Imperator, in .d. .§. minor, ait, eum cui aqua & igni interdictum est, ciuitatem amittere. Et ex supradictis patet, duplicem esse libertatem, iurisgentium unam, quam is, cui aqua & igni interdictum est, retinet. ut .d. §. Minor. Alteram ciuilem, quam ille amittit, .d. §. fi. & meritò, cum non sit amplius ciuis.

Libertas duplex

Decla. XXV. Diffinitio obligationis naturalis, & quomodo ea obligatio tollatur.

Obligationis naturalis diffinitio:

NVNC videndum est, quid sit obligatio naturalis: Dicas, obligationem naturalem, esse uinculum æquitatis, quo uoluntas uolens astringitur, trahiturq; ad faciendum, seu soluendum id, quod promissum est: hæc diffinitio colligitur, in. l. Stichum. §. naturalis. ff. de solu. quod autem hæc diffinitio sit bona, apparet ex his, quæ bona diffinitio requirit: Vulgatum enim est, bonam diffinitionem ex genere, & differentijs constare, ut ait Bar. in .l.i. ff. de testa. hæc est huiusmodi, ergo &c.

Obligatio naturalis quo nā pacto tollitur

Vinculum enim, est loco generis, nam quoddam est uinculum materiale, quodam iuris ciuilis, ut Insti. de uerb. oblig. in prin. quoddam uerò æquitatis, ut in .d. §. naturalis. Cum igitur hæc uinculi appellatio, plura contineat, potest dici genus: illa uerò dictio æquitatis, ponitur in diffinitione, ad differentiam uinculi materialis, & ciuilis: & dum dicitur, quo uoluntas astringitur, ponitur ad differentiam uinculi materialis, quo corpus astringitur: est itaq; bona diffinitio.

Sed ulterius quæritur, quo nam pacto, tollatur obligatio naturalis: Respondeo, eam tolli sublata æquitate, qua sustine-

batur, cessante enim causa materiali, & conseruatiua, cessat effectus .l. generaliter .c. de Episco. & cleri. Cum itaq;, naturalis obligatio, ex æquitate generetur, per eamq; conseruetur, ut supra demonstratum est: necessario sequitur, remota æquitate, eam obligationem tolli, id quod fit, uel pacto iusto, de non petendo, uel solutione. d. §. Naturalis: & ut res exemplo non egeat, finge, me promisisse tibi librum, intellige ob aliquam iustam causam: Et ita intellectus meus, cognoscens quodam naturali lumine, bonum, æquumq; esse, promissa seruari .l. i. ff. de pact. & .l. i. ff. de consti. pecu. ostendit uoluntati, bonum, æquumq; esse, id seruari, uoluntas uerò, quæ semper appetit bonum, obligatur, trahiturq; ad illud faciendum; & hinc nascitur obligatio naturalis, ut supra ostensum est.

At si postea promittas mihi non petere librum, intellectus statim ostendit meæ uoluntati, librum illum soluere, non esse iam æquum, ac bonum, uoluntas itaq; non tendit amplius ad id faciendum: & sic ab ea obligatione naturali, qua trahebatur, est liberata, intellige, si pactum est iustum: si enim esset iniustum, ut puta ui, uel metu factum, non tolleretur illa æquitas, qua sustinebatur obligatio: idcirco Prætor, ex illa æquitate, adhuc in pacto metu facto existente, æquissimam quod metus causa exceptionem præstat .ff. per tot. de eo quod met. cau. Ob id, Iureconsultus dixit obligationẽ naturalẽ tolli iusto pacto

Obligatio naturalis quomodo tollatur

At è contrario, intellectus tuus cognoscit itidem bonum & æquum esse seruare quod promiseras, promiseras autem non petere, dictat igitur mens uoluntati tuæ, iniustum esse petere librum, & bonum æquumq; esse non petere. Quamobrem uoluntas tua appetens bonum illud, obligatur uolens naturali quodam instinctu, illud seruare, hoc est amplius non petere, & sic itidem nascitur obligatio naturalis, ex pacto de non petendo. Idem dicẽdum est de solutione, & iuramento, ut. d. §. Naturalis. Habes itaq; quomodo, & qua ratione, tollatũ obligatio naturalis.

XXVI. Declaratio .§. pactus ne peteret.

SED nunc quæritur, an iure ipſo tollatur obligatio naturalis, Iureconſ. in .d.l. ſtichum .§. naturalis, ait, ipſo iure obligationem naturalem tolli, per pactum de non petendo, huic occurrit tex, in .l. ſi unus .§. pactus ne peteret .ff. de pact. Vbi expreſſe dicitur, eam non tolli ipſo iure, in hoc Doctores uarij, uaria dixerunt: ſed eorum ambagibus omiſſis, paucis illius textus intellectum accipito. Et quia omnis difficultas, conſiſtit in uerbis Iuriſconſulti, dum ait, in ſtipulationibus, ius cõtinetur, in pactis factum uerſatur, antequam ueniamus ad intellectum tex. uideamus quomodo in ſtipulationibus, ius contineatur,

Pro cuius intelligentia eſt ſciendum, appellationem iuris, multis modis capi.l. ius de iuſti. & iur .ff. Sed ad propoſitum noſtrum, & ad multarum legum declarationem, dicas, præter alios modos, ius eſſe ordinationem ciuilis ſocietatis, ita expreſſè inquit Philoſ. in. i. Polit. & hoc modo intelligitur, dum dicunt, uſuſfructus eſt ius utendi, ac fruendi &c. Intelligas ius, ideſt ordinatio, ſiue conſtitutio quædam ciuitatis, qua conſtitutum eſt, quomodo quis poſſit uti, frui, re aliena, ut Inſti. de uſufruc. in princ. & hoc etiã modo intelligas, dum dicitur, iter, eſt ius eundi &c. ideſt ordinatio ſeu conſtitutio ciuitatis, qua inſtitutum eſt, quo pacto, quis poſſit ire, per fundum alienum: & ita intelligas, ubicunq; in diffinitione ponitur ius, ut in obligatione, actioneq; & huiuſmodi: nec ullo alio modo rectè exponetur. nulla enim alia iuris ſignificatio, ſupradictis accomodari poteſt.

Ius quid ſit

Et ita accipito, ubicunq; dicitur fieri quid ipſo iure, exponas ipſo iure, hoc eſt ipſa ordinatione, ſeu cõſtitutione ciuitatis, quia ciuitas conſtituit id fieri, abſq; alicuius iudicis ſententia, & partis exceptione. Nil enim tam naturale eſt & c. ff. de reg. iur. Item, iure meo facio, ideſt mea poteſtate, mea auctoritate, mea ordinatione, item tuo iure, ſuo iure, & alia eiuſdem generis.

Iure ipſo aliquid fieri:

Iure meo aliquid fieri:

Nunc ad propoſitum, dum dicitur in ſtipulatione ius contineri, expone ius, hoc eſt ordinationem ciuilis ſocietatis. Nam ut alibi plenè dicetur, de iuregentium non erat ſtipulatio, ſed longo poſt tempore fuit à iure ciuili, ideſt ab ordinatione, ſeu conſtitutione ciuilis ſocietatis introducta, ut not. in .l. ex hoc iure .ff. de iuſti. & iur. Meritò igitur aiunt, in ſtipulatione, ius contineri,

vt in.§. pactus ne peteret. ff. de pac. Cum tota ſtipulationis ſubſtantia, in iure, ideſt in ordinatione ciuilis ſocietatis, conſiſtat. Ciuitas enim ordinauit quædam ſolennia uerba, quibus ſtipulatio conciperetur .§.i. Inſti. de uerb. obliga. oportebat enim per uerba concepta, ideſt compoſita, & ordinata, ab interrogante reſpondere. Vt puta: ſi quiſpiam interrogaſſet, promittis librum, neceſſe erat reſponderi, promitto librum, ſi enim dixiſſet ſpondeo, nullius erat momenti. d.§.i. vnde is, qui interrogabat, dicebatur concipere uerba, ideſt diſponere & ordinare: & quia neceſſe erat per eadem uerba ita concepta reſponderi, Hinc factum eſt, ut ſtipulatio appelletur uerborum conceptio .l. ſtipulationum aliç. §. ſtipulatio. ff de uerb. obliga.

Concipere uerba:

Stipulatio quare dicatur uerborum conceptio:

Habes itaq;, quamobrem ſtipulatio appelletur ius, cum igitur ſit ius, meritò altera ſtipulatione, ipſo iure tolli poteſt. d. § . Pactus. Sed animaduertendum eſt, in ſtipulatione contrahenda, interdum uerba non ſcribi, ſed ſolum à contrahentibus proferri, & illa prolatio, quæ eſt facti. l. conſilio .ff. de cura. furio. præterit, nec tollitur per aliam ſtipulationem. Interdum uerba ſcribuntur, & itidem uerba illa, eſt quid facti, nec per ſtipulationem fieri poteſt, ut illa tollantur. l. uerum .ff. de reg. iur. Sed ex prolatione uerborum, naſcitur quædam ſubſtantia, & eſſentia rei, quæ dicitur ſtipulatio, & ea eſt incorporalis: quia conſiſtit in iure. ut Inſti. de reb. corpo. & incorpo. §. incorporales. hæc igirur eſt, quæ per aliam ſtipulationem, ipſo iure tollitur .d. §. Pactus ne peteret. Patet itaq; quamobrem ſtipulatio, per alteram ſtipulationē, ipſo quidem iure tollatur.

Stipulatio quare tollatur per alteram ſtipulationē ipſo iure

XXVII. Declaratio quare pactum, non tollitur ipſo iure per pactum.

NVNC uidendum eſt, quare pactum, per alterum pactum ipſo iure tolli non poſſit, ut in. l. ſi unus .§. pactus ne peteret .ff. de pact. ratio ea reddi poteſt, quia pactum, non eſt inſtitutum à ciuitate: & ſic non poteſt dici ordinatio ciuilis ſocietatis, & conſequenter, non poteſt dici ius, ſed totum eſt factum: hinc fit, ut per aliud pactum non tollatur, ſed elidatur, quia facta, factum tollere non poſſunt. d. l. uerum. ff. de regu. iur. agatur id exemplo, arbor eſt quid facti, & ferrum itidem, ferrum autem deſtruere eam minime poſſet, ſed bene incidendo, adeò elide-

Pactum quare non tollitur ipſo iure per pactum

re poteſt,ut ex ea, amplius fructus naſci nequeant,ita pactum, alterum pactum tollere, minime poteſt, cum utrūq; ſit facti, elidere tamen, & frāgere, adeò poterit, ut ab eo, æquitas tollatur: qua ſublata, & obligatio naturalis, neceſſariò tolletur, ut ſupra oſtenſum eſt.

Pactum de non petendo nō tolli ipſo iure

Collige igit̄, ex ſupradictis has concluſiones, pactum de non petendo, non tollit ipſo iure, ſed elidit alterum pactum, & ita intelligitur. d. §. Pactus.

Pactum ipſo iure tollit obligationem naturalem:

Item pactum ipſo iure tollit naturalem obligationem: & ita intelligitur. d. §. naturalis.

Item ſtipulatio, ipſo iure tollit alteram ſtipulationem, ſi id actum eſt. d. §. & cur ita diuerſum ſit, ſupra diximus.

XXVIII. Declaratio, an ex obligatione naturali, detur actio.

Obligationis naturalis nomine dabatur actio:

VLTERIVS quæritur, an nomine obligationis naturalis, aliqua competat actio, Doctores communiter dicunt, ex obligatione naturali non dari actionem, ſed bene exceptionem. l. Iuriſgentium. §. ſed cum nulla. ff. de pac. Tu uerò dicas, obligationis naturalis nomine, dari actionem, ut expreſſe p̄bat tex. in. l. naturales. ff. de actio. & oblig. & in. l. fideiuſſor. §. fideiuſſor. ff de fideiuſ.

Differētia inter facere & agere

Pro huius quæſtionis ueritate, altiuſcule incipiendum eſt, dicas itaq;, tria hæc uerba, facere inquam, agere, & operari, inter ſe differre, ita ut facere dicamur, quando poſt operationem remanet aliquod opus: ueluti ſi quis ædificet domum, dicitur facere, & non agere, quia poſt operationem remanet domus facta, & illa operatio, dicitur factio, & non actio. Agere uerò dicimur, quando poſt operationem nihil operis remanet. Veluti, cum quis cantat, cytharam pulſat, loquitur, confabulatur, ſeu orationem habet, dicitur agere, & non facere, & ea operatio, dicitur actio, & non factio. Indicat hoc in officiis Cicero, inquiens, In omni actione efficiendum eſt, ut appetitus rationi pareat. Operari uerò utriq; commune eſt, nam & qui agit, itidem & qui facit, operatur, hæc colligi poſſunt ex. vi Ethic. & .i. Polit.

Factio quid

Actio que

Item actio in duas diuiditur partes, una fit extra iudicium, ut puta cum quis loquitur, fabulatùrue, ſeu aliquid ab amico extra iudicium petit, huiuſmodi enim operationes, actiones dicuntur.

extra iudiciales, & de hac, leges minime loquuntur. Altera uerò pars, fit in iudicio, ueluti cum quis coràm Iudice petit aliquid sibi dari, seu fieri, tunc dicitur agere in iudicio: & illa petitio, dicitur actio iudicialis, quæ est ius. Actio enim est ius persequẽdi in iudicio, quod sibi debetur. Insti. de actio. in prin.

Item est sciendum, à principio non fuisse ciuitates, habitabãt enim homines sparsim, erant tamen domus & pagi. Domus enim hic intelligitur societas secundum naturam, consistens ex marito, & uxore, ex patre, & filijs, ex domino, & seruo, & si cui seruus deerat, bos pro seruo habebatur. Pagus autem, est congregatio plurium domorum, hæc leguntur in .i. Polit. Longum igitur tempus homines in domibus, pagisq; uixerunt, in quibus nullus erat iudex, nullæq; leges scriptæ, uiuebant .n. naturali iure, quod illis lumem intellectus dictabat, de quo satis supra dictum est. Terra eo tempore, non erat diuisa, sed communis, ceu mare, & lumina solis.

Domus ex quibus cõstat:

Pagus quid

Mobilia tamen communia non erant, quisq; enim rem suam possidebat, ut supra demonstratum est. Erant etiam inter eos commercia, conuentionesq; aliquæ, utputa, commodatum, depositum, mutuum, ac permutatio de re, ad rem pro indigentia, ex quibus obligationes naturales nascebantur, ut supra ostentum est. Non tamen erant ciuiles obligationes, cum nulla ad huc esset cõstituta ciuitas, & id temporis, poetæ appellarunt ætatem auream Eo itaq; tempore, licet essent obligationes naturales, nullæ tamen erant iudiciales actiones, non enim oportebat agere cum amico, coram Iudice, sed quisq; sponte sua seruabat fidem, promissaq; faciebat. Erant forsan actiones extraiudiciales, quia ab his, qui promiserant, amicè petebatur, quæ petitio, actio dici posset, cũ non sit factio, omnes enim operationes nostræ, aut actiones, aut factiones appellantur, ut diximus. Vnde illud Ouid.

Iure nature erãt cõmodatum depositum: mutuum ac permutatio

Iure naturæ licet esset obligatio naturalis non tamen erat actio iudicialis:

Aurea prima sata est ætas, quæ uindice nullo,
Sponte sua, sine lege fidem, rectumq; colebat.
Pœna, metusq; aberant, nec supplex turba timebat,
Iudicis ora sui, sed erant sine iudice tuti.

Et hæc ætas, durauit à tempore Adam, usq; ad tempus Noe.

Deinde post hanc auream ætatem, successit alia ætas, in qua homines cœperunt fieri praui, & terra impleta est iniquitate. Gene. c. vi.

Propter quod, Deus induxit diluuiũ illud, exquo Noe, cũ tribus solis filijs, eorũq; uxoribus, superfuit, filij aũt fuerunt, Sem, Cam,

Iaphet. Ex quibus septuaginta duæ familiæ ꝓpagatæ sunt, erat aũt oĩbus idem sermo, habitabantq́ in partibus Orientis. Hi postea uniuersam terram in tres diuiserunt partes, quæ hodie appellantur, Africa, Asia, & Europa, Cam Africam, Iaphet Europã, Sem Asiam sorte accepit: ut refert Io. Philip. de ligna. in suis cronicis. refert etiam Augusti. de Ciuitate Dei. c. iij. lib. vi. terram diuisam fuisse tempore, quo natus est Phalec filius Heber, qui erat abnepos sem, unius ex filijs Noe. Augusti. eodem libro c. vi. & xi.

Septuaginta due familie:

Et ita dominia terrarum distincta fuerunt, quæ ante erant communia, uti hodie est mare, & eius littora. l. quod in rerum. ff. de acqui. rer. domi. nihil enim terrarum à principio, erat priuatum, sed suo quisq́ arbitratu, sedes, tuguriumq́ ponebat, ubi ei libitũ fuerat, sed eo illinc discedente, tugurioq́ sublato, locus ille, in pristinũ reuertebatur statum, sicut hodie accidit in littore maris, d. l. quod in rerum. Sed ut dictum est, à tribus filijs Noe, fuerunt primum distincta terrarum dominia, & fines designati, erant fortasse flumina, & montes, hoc ipsum asserit Hermogenes, in. d. l. ex hoc iure, inquiens, ex hoc iure distincta sunt dominia &c.

Dominia quo tẽpore fuerunt diuisa:

Diuisa itaq́ terra, à liberis Noe, antequam in diuersas partes abirent, conati sunt ædificare ingentem turrim, in campo Sanaar. Dicebant enim, faciamus turrim, quæ tangat cęlum, tũc Deus omnipotens confudit eorum linguam, ita, ut alter alterum non intelligeret, & quia erant septuaginta duæ familiæ, singulæ, singulas acceperunt linguas. Quamobrem septuaginta duæ linguæ principes, in toto orbe reperiuntur, & non plures: ut asserit idem Ioannes Philip. Ob quam quidem linguarum confusionem, locus ille appellatus est Babel: & ciuitas ibi condita, Babylon, idest cõfusio, nominata est, Aug. de ciuitate Dei lib. xvi. c. viij. & c. vi. & tunc gentes discretę fuerunt: Hinc Hermogenes in. d. l. ex hoc iure, ait, ex hoc iure gentium discretæ sunt gentes, abierunt itaq́ familię illæ, ita discretæ, in eum locum, qui eorum parenti sorte obuenerat, eumq́ inter eos, iterum diuiserunt, limite, terminisq́ distinxerunt: ut asserit idem Hermogenes, inquiens, ex hoc iure gentium, agris terminj positi sunt: hæc colligi possunt, ex. x. & xi. cap. gene. & ex. d. l. ex hoc iure, & ex August. in loco prædicto. Vnde Ouidius.

Septuaginta due lingue in toto orbe:

Quare appellata sit Babylõ.

Communemq́ prius, ceu lumina solis, & ortum,
Cautus humum longo signauit limite mensor.

Discretis itaq́ dominijs, agrisq́ limite signatis, cæpit nasci insatiabilis

satiabilis habendi cupiditas, quisque enim tentabat alterius rem occupare: Hinc introducta sunt bella, ad propulsandam iniuriã, ac etiam ad repetendas res per iniuriam ablatas, seu ad eos coercendos, qui cum maioribus, seu Regi parere deberent, parere tamen nolebant: quod quidem bellum, natura iustum est, ut asserit Philosophus. i. Polit. & c. iustum. xxiij. q. ij. xxiij. q. ij. c. dominus, dummodo denunciatum, indictumque à superioribus, habentibus potestatem, antea sit, cum omnis potestas à Deo sit: quæ verò sunt à Deo, ordinata sunt, & qui potestati resistit, Dei ordinationi resistit, ut inquit Paul. c. xiij. ad Romanos. Ex quo, ut inquit Cicero i. officiorum, intelligi potest nullum bellum esse iustum, nisi quod aut repetendis rebus geratur, aut denunciatum ante sit, & indictũ. Formã aũt belli indicẽdi, uide in Liuio in. i. lib. Bellum natura iustũ.

XXIX. Declaratio an bellum ex utraque parte sit iustum, & an fuerit iure naturæ.

SED quærunt Doctores, an bellum ex utraque parte iustum dicatur, si iustum dices, dicas, quo pacto iustè pugnabunt qui iniuriam intulerunt, qui maioribus nolunt obedire, quibus tã naturali, quam diuino iure obedire tenentur. l. ueluti. ff. de iusti. & iur. & d. c. iustum. xxiij. q ij. si uerò iniustum appellabis, ergo male Hermogenes, ait bellum ex hoc iure introductũ. d. l. ex hoc iure, Doctores uaria in eadem d. l. dixerunt. Bellum an sit Iustum ex utraque parte

Tu uerò dicas, bellum quod sponte ex electione ac sine causa infertur, esse iniustum, introductum uerò, non ex hoc iure gentiũ, sed ex praua hominum uoluntate, rapere enim res alienas, inferre alijs iniuriam, nolle obedire. cui est obediendum, iniustum est, iustitiæque repugnat, cuius officium est ius suum unicuique tribuere. l. iustitia. ff. de iusti. & iur. & in. v. Ethic. Et non solum rapina, & iniuria, sunt iniustæ, sed etiam sunt uitia, quæ à nostra procedunt uoluntate, & in nostra potestate collocant ut. iij. Ethic. non autem sunt ex aliqua gentium constitutione. Bellum iniustum nullo iure introductum

At bellum, quod denunciatur, ac indicitur ad propulsandam iniuriam, ad repetendas res, iniustè ablatas, coercendosque subditos, à iure gentium introductum est, naturali ratione dictante, siquidem ius gentium, nil aliud est, quam constitutio gentium, ut in § ius autem. Insti. de iur. natu. gen. & ciuil. Cõstituerunt enim gentes, ut qui nõ possent aliter res suas repetere, iniuriã propulsare, Bellum iustum introductum a iure gen:

ſubditoſq; coercere, poſſent iuſtè bellum indicere. Quapropter iuſtum dicitur, quaſi iure, ideſt conſtitutione gentium inductũ. Alterum uerò bellum ex conſtitutione gentium, nequaquam introductum eſt, ſed ex hominum prauitate, quamobrem iniuſtum dici, concedendum eſt. Ex quo facilè patet, bellum iuſtum ex iure gentium eſſe introductum, & inſtitutum: Bellum uerò iniuſtum, non eſſe à iure gentium inſtitutum, ſed dicitur eſſe ex iure gentium, ut ita dixerim occaſionaliter. Propterea q; iure gentiũ ideſt gentium inſtitutione, & ordinatione; dominia diuiſa ſunt, & ob id, natæ ſunt rapinæ, iniuriæ, atq; occupationes, & ex his, orta ſunt bella iniuſta, quæ geruntur ab his, qui rapinas, iniurias, atq; occupationes defendunt, & ita intelligas Doctores ĩ. l. ex hoc iure.

Bellum ĩniuſtum nõ eſse inſtitutum a iure gẽtium

Ex his patet, eo tempore, quo fuit bellum iuſtum, fuiſſe etiam & iniuſtum, ſicut dicimus etiam uitia, eo tempore fuiſſe, quo & uirtutes, Cum uirtus ſit mediocritas, inter duo extrema, nimium ſcilicet, & parum, quæ corrumpunt bonum, & ideo dicuntur uitia, ſed uirtutes à bono, uitia uerò à prauo habitu deſcendunt. Ariſto. ij. Ethic. Quamobrem, eo tempore, quo fuit iuſtum, fuit etiã iniuſtum. Iuſtum. n. non cognoſceretur, niſi eſſet iniuſtũ, loquor autem de iuſto, ac iniuſto morali. Sequitur itaq; bellum iuſtum & iniuſtum, eodem iure, eodemq; tempore extitiſſe, diuerſo tamen modo, ut ſupra demonſtratum eſt.

Bellum iu ſtum & in iuſtum eodem tempore

Sed quæritur, an bellum fuerit iure naturæ, antequam eſſet ius gentium, & ius ciuile. Reſpondeo, iure naturæ fuiſſe quandam ſpeciem belli rudis, ſine armis, ſine militari diſciplina ſineq; ſolẽni militum delectu. Pugnabant enim fuſtibus, et pugnis. Vnde pugna dicta eſt. Pugnabant inquam ob corporis, ac rerum mobilium tutelam. Quiſq; enim res proprias mobiles habebat. Iure etenim naturæ, id rectè faciebat. l. ut uim. ff. de iuſti. et iur. et ibi not. facit. l. i. §. cum arietes. ff. ſi quadru. paup. fecis. dic. et Cicero in officij ait. Principio generi animantium omni, à natura eſt tributum, ut ſe uitam, corpuſq; tueatur, etc.

Bellum unde erat ẽt iure naturæ

Meritò igitur Hermogenes in. d. l. ex hoc iure dicit, ex hoc iure gentium introducta ſunt bella, ſunt enim quædam bella, à natura generi humano tributa, ut colligi poteſt, ex Ciceronis ſermone ſuperius adducti. Quædam fuerunt ab ordinatione gentium introducta, de quibus loquitur Hermogenes.

Diuiſa itaq; terra, et bellis introductis, homines, ut ſecurius, ſufficientiuſq; uiuerent, ex pluribus pagis eodem collatis, con-

diderunt ciuitates. Hinc Hermogenes, in d.l.ij. ait, eo iure, ędificia esse collata. Et ita ex his habes uerba illius legis bene declarata.

XXX. Declaratio partes ciuitatis quot, & quæ sint.

CIVITAS sanè, quædam est hominum societas, ut in .ij. Polit. quæ inter alias partes, has continet. Ciuitas quid.

Prima igitur pars, sunt matrimonia: ex quibus liberi homines nascuntur, sine quibus ciuitas consistere non potest: cũ sit multitudo quædam ciuium .ij. Polit. Ciuitatis partes quæ & quot.

Secunda pars, sunt agricolæ, à quibus alimenta parantur ciuitati.

Tertia, sunt artifices: sine quibus ciuitas sufficiens non est.

Quarta, est forensis multitudo, quæ circa emendum, uendendumq́, ac circa mercaturam, numulariamq́ artem uersatur. Vnde fit facultas quædam habẽdarum pecuniarum, tam ad proprias indigentias, quam ad bellum parandum, & hos diuites appellamus: qui facilè reipublicæ onera sustinere possunt.

Quinta pars, sunt mercenarij, qui mercede conducti, opera ciuitati ciuibusq́ necessaria, atq; utilia præstant.

Sexta, sunt arma, & milites: quibus homines magistratibus parere compelluntur, & uis propulsatur externa: his enim ciuitas maximopere indiget, si uelint libertatem tueri.

Septima & præcipua, est cultus circa rem diuinam, quod uocant sacrificium: honor enim dijs à ciuibus est impendendus.

Octaua, & summè necessaria, sunt magistratus, ciuitas enim absq; magistratibus esse non potest, qui iudicijs pro utilitate, & iustitiæ contrahentium præsint.

His itaq; partibus, sũmopere indiget ciuitas, cum sit multitudo per se sufficiens, ad uitam bene degendam, si enim aliquid horum deesset, non esset utiq; ciuitas per se sufficiens. Colliguntur hæc ex .iiij. & .vij. Polit. Institutores igitur ciuitatis, magnam debent adhibere diligentiam, ut ciuitas sit ex omnibus suis partibus perfectissima, quò facilè assequantur optimum finem, quæ est fœlicitas ipsius ciuitatis. vij. Ethic. Diuus Tho. lib. iiij. cap. i. & ij. de reg. Princip. abundè ostendit, ciuitatem esse conditam, ut homines haberent ea, quæ ad bene, sufficienterq́ uiuendum

necessaria sunt: plurimis enim humana uita, tam ad corpus, quam ad animam necessarijs indiget, quæ nisi in ciuitate bene instituta, haberi minime possunt. Omnes itaq; supradictæ partes, ad optimum ciuitatis finem, dirigendæ sunt.

Quæ pars magis sit necessaria ciuitati.

Sed nunc quæritur, quæ nam ex his, magis sit necessaria ad ciuitatem: Respondeo ad ciuitatis perfectionem, æquè omnes esse necessarias, sunt enim partes integrantes ipsam ciuitatem, sicut ad perfectionem domus, pariter est necessarium tectum, paries, & solum. l. eum qui ædes. ff. de usucap. & si quid eorum deest, nõ erit perfecta domus: ita, & si qua harum deerit, non est perfecta ciuitas.

Res publica quid

Sed si quæratur, quæ nam earũ magis reipublicæ intersit, prius uidendum est, quid sit res publica: Est igitur respublica, eorũ, qui sunt in ciuitate institutio, seu ordinatio: Vnde fit, ut mutata institutione uiuendi in ciuitate, mutetur & res publica. Et licet idem populus Romanus sit hodie, qui ab hinc mille annis fuit. l. proponebatur. ff. de iudi. non tamen est eadem res publica, cum uariæ fuerint ciuitatis ordinationes, seu institutiones, ex uarijs enim ordinationibus, uariæ reipublicæ species instituuntur. Alia enim est ordinatio ciuitatis, quando ab uno, ad publicam utilitatem regitur: hæc enim species reipublicæ, dicitur regnum, & qui ita regit, Rex, qui autem contra, ad priuatam utilitatem regit, tyrannus appellatur, regimẽ uerò, tyrannis. Alia est ordinatio ciuitatis, quando à paucis optimis, ad publicam dirigitur utilitatẽ, & hæc species reipublicæ, optimatum gubernatio nominatur, contra uerò, si ad priuatam utilitatem gubernent: paucorum potentiam appellari licet. Tertia est ordinatio ciuitatis, quando à multitudine ad publicam utilitatem gubernatur: & hæc species reipublicæ, in proprium nomen non transit, sed remanet in nomine generis, uocaturq; res publica in specie, at si ad priuatam utilitatẽ à multitudine gubernetur, popularis status, meritò uocatur.

Rex quis.

Tirannus quis.

Popularis status qui.

Redeo nunc ad rem propositam, si igitur à me quispiam petat quæ nam ex supradictis ciuitatis partibus, reipublicæ magis intersit, & ego itidem ab eo quæram, quæ nam pars magis domus intersit, tectum, an paries, an solum, ciuitas enim est quoddam totũ integratum, quemadmodum & domus, totum enim integrale, ex omnibus suis partibus integratur, ex quibus, si una desit, non est dubium, quin totum destruatur, si enim ex domo, tectũ dematur non erit amplius eadem domus, sed imperfecta, non enim præstare potest eum finem, ad quem ordinata est, ut scilicet, nos à pluuia,

& uentis, alijsq; aeris læsionibus defendat. Ita si è ciuitate, una ex supradictis eius partibus tollatur, ut puta agricolæ, seu artifices, seu mercenarij, seu aliqua alia, non erit perfecta, nec sufficiens ciuitas.

Ciuitas enim ex pluribus pagis instituta est, sufficientiæ (ut ita dixerim) gratia, scilicet ut in ea nihil ad uitam necessarij desit, ut dicit Aristo. in. v. Polit. Omnes igitur supradictæ partes, æquè reipublicæ interesse uidentur. — Omnes partes eque interesse reipublice uidentur

At si dicas, si ita est, quamobrem Iureconsul. in. l. i. ff. solu. matri. dicit interesse reipublicæ, mulieres esse dotatas, & ob id multa priuilegia doti concessa sunt, nec dicit illas partes supra nominatas interesse reipublicæ, Responde, dotem non esse partem ciuitatis, nec inter partes ab Aristotele numeratur, ut supra patet. Matrimonia uerò, sunt pars ciuitatis, nec tamen matrimonijs concessa sunt priuilegia. Dicito itaq;, dotem non esse partem principalē ciuitatis, esse tamen matrimonijs adiumēto, ueluti uni ex partibus ciuitatis. Matrimonium enim potest esse sine dote, sed propter onera, quæ in eo occurrunt non facilè homines sine ea accipiebant uxorem: Quamobrem à ciuitate constitutum est, ut darent dotes, & mulieres dotatæ traderentur uiris in matrimonium, & ob id interest reipublicæ, mulieres esse dotatas, ne scilicet matrimonia, ueluti optima pars ciuitatis, corruerent: Quemadmodum columnæ adhærentes parieti, non tamen illi connexæ, licet nō sint pars domus, sunt tamen adiumento parieti, interest igitur domus, ut sint illæ columnæ, eo q; facilius paries sustinetur. — Dos quare fuit constituta: — Mulieres esse dotatas reipub: interest:

XXXI. Declaratio, an doctor possit expellere fabrum.

QVærunt scribentes, in. d. l. i. ff. solu. matri. an doctor possit expellere fabrumferrarium uicinum, ne sit studijs suis impedimento. & uidentur concludere, fabrum posse à Doctore expelli, cum Doctores afferant utilitatem reipublicæ, ut ibi per eos. Ego autem illorum conclusionem non admitterem: si quidē Doctores, non sunt pars ciuitatis, ut patet supra, ex ipsarum partium numeratione. Artifices uerò sunt pars. sine quibus non esset sufficiens ciuitas, nec in ea bene uiueretur, sine doctoribus aūt ciuitas posset esse: magistratus. n. qui sunt pars ciuitatis, possent constitui ex alijs ciuibus non literatis, in multis. n. ciuitatibus, sunt Ma — Doctor nō potest expellere fabrum:

gistratus, ubi non sunt doctores, illiterati .n. possunt gerere magistratum, not. in.l.certi iuris.c.de iudi. magis itaq; interest reipublicæ, ut in ea sint artifices quam Doctores.

XXXII. Declaratio actionum, & an ex obligatione naturali detur actio.

IAM ad quæstionem supra positam, á qua paulo longè digressi sumus reuertamur: Quæstio autem erat, an naturalis obligationis nomine, detur actio iudicialis: in qua sic distinguendum est: Aut enim quæris, utrum eo tempore, quo nondum erat ius gentium, neq; ciuitates conditæ, sed solo naturali iure uiuebatur, quod tempus, poetæ appellant auream ætatem, utrum in eq; esset actio iudicialis, ex obligatione naturali, & sine cõtrouersia, respondendum est, nequaquam fuisse eo tempore huiusmodi actionem: si enim non erat ciuitas, non erat magistratus, neq; iudex, & consequenter neq; iudicium, non erat igitur actio iudicialis: cum ea nil aliud sit, quam ius persequendi in iudicio, quod nobis debetur. Insti. de act.o. in prin. sine actione igitur, homines seruabant promissa. Vnde illud Ouid.

Ex iure naturali non erat actio iudicialis:

Aurea prima sata est ætas, quę uindice nullo.
Sponte sua sine lege fidem, rectumq; colebat.
Pæna metusq; aberant, nec uerba ligantia fixo
Aere ligabantur, nec supplex turba timebat.
Iudicis ora sui, sed erant sine iudice tuti.

Sine actione iure naturali seruabatur iustum:

Aut quæris, an inuento iuregentium, & conditis ciuitatibus, cum suis partibus, competeret actio iudicialis ex naturali obligatione, & in hoc uertitur quæstio. Scribentes opinantur obligationem naturalem, non parere actionem, sed exceptionem .l. iurisgentium.§. cum nulla.ff. de pac. & .l. naturales de actio, & obliga.l. fideiussor.§. fideiussor.ff de fideius.

Actio ex obligatione naturali dabatur

Tu uerò dicas, naturalis obligationis nomine, constituto iuregentium, actionem competere: id quod apertè probatur, in.l. cũ amplius.§. is natura debet.ff. de regu. iur. vbi, Iureconf. ait, is natura debet, quem iuregentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. Construe tu ea uerba, hoc modo, is natura debet, hic fiat distinctio, mox sumito illa uerba, cuius fidem secuti sumus, erit igit perfecta oratio is natura debet, cuius fidem secuti sumus. Capias deinde uerba illa, quem iuregentium dare oportet, cum igitur qui

natura debet, dare oportet, si oportet dare, poterit cogi: cogetur enim à magistratu, seu à iudice. Si igitur potest cogi ad dandum, per consequens potest ab eo peti, nemine enim petente, non esset quispiam cogendus, si potest ab eo peti qui natura debet, necessariò sequitur, ex obligatione naturali competere actionem. Illa enim petitio coram Iudice, est iudicialis actio: qui enim petit aliquid, operatur, si operatur, aliqua est illius operatio: illa igitur operatio, aut est actio, aut factio, in casu nostro, factio non est. Factio enim est illa operatio, ex qua remanet aliquod factum, cessante operatione: ut puta operatio ædificatoris, est factio, quia ex ea remanent ædes. Illa uerò operatio, ex qua nullum remanet opus, est actio, non autem factio, ut colligitur ex. 1. Polit. de quo supra satis dictum est. Quicunque igitur aliquid coram magistratu petit, agit profectò, & illa petitio, est actio. Patet igitur ex his clarè probari in. d. §. is natura debet, ex naturali obligatione, cõpetere actionem: hoc idem sine controuersia dicit Vlpianus in. d. l. naturales, & Iurecons. in. d. §. fideiussor, ubi inquiunt naturales obligationes, non eo solo existimantur, si actio aliqua earum nomine competat, uerum etiam si soluta pecunia repeti non possit, hoc ipsum illa uerba, si actio competat, ostendunt. Factio quæ

Pro clariori huius quæstionis ueritate, sciendum est, quemadmodum obligatio ciuilis, est iuris uinculum. Insti. de obliga. ibi enim ciuilem obligationem, uti genus diffiniri, ex eo patet, quod dicit iuris uinculum: cum enim dicimus simpliciter ius, intelligitur ius ciuium Romanorum, sicut cum dicimus Poetam, intelligitur Virgilius. §. sed ius quidem. Insti. de iur. na. gen. & ciuil. Arist. .v. Ethic. Diffinitur igitur ibi, uel ciuilis sola, utputa literarum obligatio, à iure ciuili inuenta, uel ea, quæ approbatione ciuilis est, naturalis enim iure ciuili approbata, dicitur ciuilis. Insti. de obligat. §. i. Ius enim ciuile, naturali uinculo, hoc est æquitatis uinculo, ciuile addit uinculum, quo secundum leges, reus astringitur, & hæc uti potentior diffinitur: Insti. de obliga. in prin. & ita is, qui debet, & naturali & ciuili tenetur uinculo, quod, si fiat pactum de non petendo, à naturali liberatur. l. Stichum. §. naturalis. ff. de solutio. Obligatio sola ciuilis diffinitur in Insti. de oblig.

Quemadmodum is, qui cum iuramento promittit, & ciuili & diuino ligatur uinculo, sed absolutus à iuramento, liberatur à diuino, & tamen erat dumtaxat una promissio. Ita naturalis obligatio, cui ius ciuile approbando dat nouam formam, hoc est, ut reus astringatur & soluat secundum iura Romanæ ciuitatis, id

quod naturalis non habebat: non enim secundum ius Romanorum, sed secundum ius gentium, ea astringimur: & ob hanc nouã formam appellatur ciuilis, & secundum illam formam, quæ dat nouum quoddam esse, diffinitur. Insti. de oblig. Præterea Imperator ibi, diffinit obligationem, quæ non habet uim, & effectũ extra Romanorum iurisdictionem, quod ostendunt illa uerba, in diffinitione posita, uidelicet secundum iura nostræ ciuitatis, quippe cum iura Romanæ ciuitatis non habent uim extra Romanorũ iurisdictionem. arg. l. si ff. de iurisdi. om. iud. Sed naturalis obligatio, quam naturalis ratio, & æquitas producit, habet uim & effectum apud omnes gentes, cum ratio naturalis, uti causa efficiens, apud omnes gentes idem constituat: §. quod uerò. Insti. de iur. nat. gen. & ciuil. non igitur ibi diffinitur naturalis obligatio: sed sola ciuilis, à ciuitate Romana introducta. Et licet glos. & Doctores ibi, utramque diffiniri existiment, propterea quod nec ex ciuili sola, nec ex naturali sola, potest nasci actio, sed ex ciuili uti patre, & ex naturali uti matre, aiunt nasci actionem, & ibi diffinitur ea obligatio, ex qua nascitur actio, cum dicatur necessitate astringimur, & sine actione ad rem soluendam non astringimur. Ad hoc respondebitur infra, dum tractabitur de ortu actionis, hæc obiter dicta sunt.

Ita etiam obligatio naturalis est uinculum æquitatis, eoque sustinetur. l. stichum. §. naturalis. ff. de solutio. Quocirca ignorandũ non est, in quo consistat ipsa æquitas: Dicito itaque quemadmodũ in re diuisibili, inueniuntur duo extrema, & medium, quod ab utroque extremorum æquè distat, & ob id ipsum medium æquale, appellari licet. Ita in commercijs, & in cõtractibus, sunt duo extrema, inter quæ etiam est medium: extrema sunt plus, & minus seu lucrum, & damnum: medium uerò est æquum, seu iustum, extrema sunt iniusta & iniqua, ex quibus nascitur iniustitia, & iniquitas, ex medio autem quod ut dixi est iustum & æquum, nascitur æquitas, æquitas igitur consistit in medio, idest inter lucrum & damnum.

Aequum est quoddã medium

Aequitas inter lucrum & dãnum.

Et ne res exemplis egeat, finge Petrum habere centum in patrimonio, totidemque & Titium, deinde eos, ita conuenisse, uidelicet ut Petrus traderet Titio fundum ualentem uiginti, Titius uerò pro eo fundo, ueluti pretium promitteret decem, si Petrus acceptis dũtaxat decem traderet fundum. Petrus deinde haberet in patrimonio solum nonaginta, & sic esset in damno, Titius uerò haberet centum, & decem computato fundo, & ita in lucro existeret, na-

sceretur

fceret igitur ex ea conuentione, inter eos manifesta iniquitas, cum lucrum & damnum sit iniquum, ut dictum est.

At si Petrus, acceptis uiginti, traderet fundum, uterque (facta permutatione) haberet itidem in patrimonio centum, & sic ex ea cõuentione, inter eos esset æquitas: cũ neuter, neque plus, neque minus, in patrimonio habeat, quam in principio ante conuentionem, habebat: & ita uterque dicitur habere suum: cum neque damnum neque lucrum sentiat: est igitur in ea conuentione æquitas, ut demonstratum est: ex qua nascitur obligatio naturalis, ut dictum est supra in .d.l. Stichum. §. naturalis, ex qua nascitur actio, ut. d.l. naturales .ff. de actio. & obliga. & .d.§. fideiussor, & ideo qui ita promisit iuregentium dare oportet. d.l. cum amplius. §. Is natura debet. Supradicta autem æquitas dicitur realis, quia reducit res ad naturalem quandam æqualitatem, hoc est ad medium, inter lucrum, & damnum. Et hæc colliguntur ex Aristo. in .v. Ethic.

Quando quis dicit habere ius suum:

Ex tali igitur naturali æquitate, nascitur obligatio naturalis. d. .l. Stichum. §. naturalis, ex eaque semper competit actio. d.l. naturales & .d.§. fideiussor: intellige, inuento iure gentium. d.§. Is natura debet. Nam iuregentium non nascebatur aliqua obligatio, inter contrahentes, nisi naturalis, nec poterat esse obligatio ciuilis: cum non dum esset ius ciuile: effectus enim sine causa esse non potest. l. manumissiones de iusti. & iur. ff. si enim eo tempore, non erat ius ciuile, quæ est causa, non poterat esse obligatio ciuilis, qui est effectus. At ius gentium, multo uetustius est iure ciuili: illud enim cum ipso genere humano, rerum natura prodidit. Ius autẽ ciuile, longo post tempore esse cœpit .§. singulorum Insti. de rer. diuis. Et tamen ex iuregentium priusquam esset ius ciuile, erant ferè omnes contractus .l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. & Aristo. .i. Polit.

Obligatio naturalis nascitur ex reali equitate:

Si igitur diceres, ex obligatione naturali non competere actionem, sequeretur maxima iniquitas. Pone enim, priusquam esset ius ciuile, Petrum uendidisse fundum. Titio centum, illumque tradidisse, Titius accepto fundo, esset obligatus naturaliter, ad dandum pretium: & tamen si ex ea obligatione, ipsi Petro, actio ex uendito ad pretium non competeret, maxima esset iniquitas, Titius enim esset in magno lucro, Petrus uerò magno in damno: id quod esset iniquitas magna: ut supra satis dictum est.

Vt igitur res ad æqualitatem reducerentur, gentes constituerunt, ex ea obligatione competere actionem, Titiumque emptorem

Actio ex empto da-

bal ex obligatione naturali: oportere pretium dare. d. §. is natura debet. Itidem dicendum est in locato, & conducto: si enim locassem tibi fundum decem, patererque te illo uti, tu uerò nolles dare mercedem, esset itidem iniquitas, quod ego in damno, tu uerò in lucro esses.

Itidem & in commodato, & deposito dicendum est, si enim commodassem tibi equum, uel deposuissem apud te uestem, ex eo commodato, ac deposito, naturalis obligatio nascebatur, qua tu tenebaris commodatam rem ac depositam restituere, quam si noluisses restituere, erat maxima iniquitas, quia ego in damno, tu uerò in lucro eras. Ad tollendam igitur eiusmodi iniquitatem, iure gentiũ ex ea naturali obligatione, actio ex commodato, & deposito competebat. Et idem est in alijs conuentionibus, quæ transeunt in proprium nomen contractus, ut sunt supradicti, & similes, & in his contractibus procedit quod dicitur in l. Iurisgentium in prin. ff. de pact.

Actio introducta ẽ ad tollendam iniquitatẽ:

Exẽplum. Sed si conuentio in alium contractum non transit, subsit tamen causa, idest datio, ut puta dedi tibi librum, ut dares mihi uestem si non dares uestem, tu esses in lucro, eo quod accepisti librum meum, ego uerò in damno, & ita esset iniustum & iniquum, quod quidẽ recta naturalis ratio non admittit. Recta enim ratio semper inuitat ad res honestas & optimas. Aristo. i. Ethic. es igitur natura ipsa obligatus, ad dandam uestem, quocirca mihi iuregentium actio, in te competit, qua oportet te, quod promiseras, dare. d. §. Is natura debet.

Et licet tex. in l. iurisgentium. §. sed & si, dicat, ex tali conuentione, nasci ciuilem obligationem: id eò fit, quòd ius ciuile approbauit, confirmauitque tales conuentiones. l. legitima. ff. de pact. & §. i. Insti. de oblig. Nascitur tamen & naturalis obligatio, ita ut ex ea competat actio. d. l. naturales. ff. de actio. & obliga. & d. §. fideiussor, quæ naturalis obligatio, potest dici ciuilis, eo quod ciuitates illa utantur, quemadmodum ius naturale, appellatur ius gentium, eo quod gentes illo utuntur. §. singulorum. Insti. de rer. diuis hoc etiam apertè ostendit Aristo. v. Ethic. Vbi iustum ciuile, tanquam genus, diuidit in naturale iustum, & positiuum seu legitimum, iustum itaque naturale, dicitur ciuile, quod ciues illo utuntur. Iustum igitur naturale, est species iusti ciuilis, quemadmodum homo, uti species animalis, dicitur animal, ita & iustum naturale, appellari potest ius ciuile, uti eius species.

Iustum ciuile est tanquã genus:

Est igitur ius ciuile duplex, unũ, quod ciuitates, seu ciues approbant, eoq; utuntur, non tamen constituerunt, hoc autem est ius naturale, & gentium. Alterum, quod ciuitates constituunt, & eo utuntur, ut. §. ius ciuile. Insti. de iur. natu. gent. & ciuil. Et quemadmodum ius naturale appellatur ciuile, ita consequenter obligatio naturalis, appellatur ciuilis, ut. d. §. i. Ius ciuile duplex.

Ex omnibus supradictis conuentionibus, ubi potest esse æquitas, & iniquitas, ne alter contrahentium, sit in lucro, alter uerò in damno, nascebatur olim priusquam esset ius ciuile, & etiam hodie nascitur obligatio naturalis, cuius nomine, competit actio cõtra eum, qui esset in lucro, ut iniquitas ad æqualitatem redigatur. iudex enim tanquam iustum uiuum, contrahentes ad æqualitatem reducit. Aristo. i. Ethic. Obligatio naturalis appellari põt ciuilis

XXXIII. Declaratio, quando nascatur actio ex contractibus.

ANimaduertendum est, non eò nasci actionem, quòd cõuentiones transeunt in proprium nomen contractus, ut aiunt. Si enim uendam tibi fundum centum, tu emas eundem à me centum, huiusmodi conuentio, transit in proprium nomen contractus, appellatur enim emptio & uenditio: Tamen si non tradidero tibi fundum, non competit mihi actio ex uendito, ad pretium: è contrario, si tu non dederis mihi pretium, non competit tibi actio ex empto ad fundũ. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. empt. & uend. Item si loco tibi fundum decem, tu itidem conducas eundem à me decem, huiusmodi inter nos cõuentio, transit in proprium nomen, uocatur enim locatio, & conductio, & tamen nisi patiar te uti fundo, non competet mihi actio ad mercedem. d. §. offerri. Vbi in hæc uerba Iureconsul. ait, offerri pretium uenditori, ab emptore debet, cum ex empto agitur, si offerri debet, igitur necesse est: uerbum enim debet, demonstrat necessitatem. Subdit deinde, & ideo si partem pretii offerat, nondum ex empto actio est ad rem: nota dum dicitur, non dum est, si non dum est, non est igitur nata. Verbum enim sum es, est, designat essentiam, unde illud, forma dat esse rei, ut inquiunt Philosophi, & l. Iulianus. §. si quis, ad exhib. ff. Doctores tamen dicunt, natam esse etiã ante oblatum pretiũ ex empto actionem, & dum enim in. d. §. offerri dicitur, non dum ex empto actio est, suppleri aiunt, oportere Actio nasci tur ex con tractus im pletione.

si opponatur.

Volunt igitur Doctores competere emptori actionem, ex empto, ad rem ipsam acquirendam, etiam si non offerat pretium, poterit tamen repelli à uenditore ope exceptionis. Sed dicant obsecro, quo nam modo potest actio ex empto competere, si nondum est, ut. d. §. offerri. Quod enim non est, nulli competere potest. Nunquam igitur actio alicui, ex aliquo contractu, datur priusquam fecerit, uel dederit, quod ab eo faciendum dandúmue est, quo facto, uel dato, ideo competit actio, quia si non competeret, sequeretur iniquitas. Propterea ꝙ, is, qui dedit, esset in damno, qui uerò accepit, esset in lucro, ut dictum est. Ad remouendam igitur hanc iniquitatem, competit actio aduersus eum, quem dare, aut tradere, aut facere ex conuentione oportet.

Actio competit ad tollendã iniquitatem.

Nec obstat, si dicatur, si ita est, in quo differunt contractus nominati ab innominatis, cum ex innominatis, non detur actio, nisi ab alterutra parte, impleantur. Differunt sanè, eo ꝙ in contractibus innominatis respectiuis, licet ei, qui dedit pœnitere. l. si pecuniam in prin. ff. de condic. cau. da. cau. non sec. In contractibus uerò nominatis, minime. l. sicut. c. de actio. & obliga. Non enim lex iurisgentium dicit conuentiones, quæ transeunt in proprium nomen contractus, pariunt actionem, sed ait, conuentiones, quæ pariunt actionem, transeunt in proprium nomen.

Differẽtia inter contractus nominatos & innominatos.

Item in conuentionibus nominatis, obligatio contrahitur solo consensu, etiam si nihil detur, ut in emptione, uenditione, locatione, conductione, & alijs. Insti. de obliga. quæ ex consen. contrah. Actio autem ex ijs non competit, immo nec est, antequam res tradatur, uel offeratur pretium. d. § offerri, uel alio modo contractus ab alterutra parte impleatur.

In conuentionibus, seu contractibus innominatis, non nascitur obligatio, nisi re tradita, uel data, res enim tradita, in innominatis, initium obligationi præbet. l. 1. ff. de rer. permu. Et licet aliqui contractus nominati, re contrahantur, ut mutuum, commodatum depositum, ex quibus non nascitur obligatio, nisi re data, uel tradita, uel deposita: Differunt tamen hi, ab innominatis, ꝙ in his non habet locum pœnitentia, ut. d. l. sicut, in illis uerò sic ut. d. l. si pecuniam.

Et si diceres, ex contractibus quibusdam nominatis, nascitur obligatio, solo consensu, ante rei traditionem. Insti. de oblig. quæ

ex consen. contrah. & d. l. i. ff. de rer. permu. Si nascitur obligatio, quæ est causa effectrix, nascetur & actio, qui est effectus. Respondeo, non sequitur, est causa efficiens, ergo statim est effectus, non enim si est ædificator, statim est domus, nec si fœmina est, statim est partus Si quidem ædificator, requirit materiam, ut ædificet, & fœmina requirit marem, ut concipiat & pariat.

Non sequitur est nata obligatio ergo ē actio

Ita obligatio requirit dationem, uel traditionem, uel factionem, ut concipiat & pariat actionem, ut. d. §. offerri. contrahentes enim, cum controuersiam habent, ad iudicem ipsum refugiunt, tanquam ad iustum uiuum, ab eoq; petunt, ut sibi detur, fiat ue, quod sibi dari, fieriue oportet. At ex nuda conuentione, nulla potest oriri controuersia: si enim uendo tibi equum centum, & non tradidero, non possum conqueri de te, si pretium non das: si non possum conqueri, inter me, & te, nulla est controuersia, si non est controuersia, non eo ad iudicem: si non eo ad iudicem, non peto aliquid coram iudice, si non peto quicquam coram iudice, non est actio iudicialis. Actio enim quid aliud est, quàm petitio quædã coram iudice: quæ tunc oritur, quando inter contrahentes nascitur controuersia, propter quam itur ad iudicem. Nascitur autem controuersia, cum alter contrahentium, est in damno, alter uero in lucro. Conqueritur enim is, qui dedit, aut fecit, propterea quia est in damno: qui autem accepit, est in lucro, & sic est iniquum, & iniquitas. Quocirca recurrit ad iustum uiuum, hoc est ad iudicẽ, coramq; eo petit, ut res reducatur ad æqualitatem, hoc est ad medium quoddam: æquum enim est medium inter plus, & minus, & inter lucrum & damdum. v. Ethic. Petit igitur is qui uendidit, tradiditq; equum, & ita est in damno, ut cogatur emptor, qui est in lucro, ad dandum sibi pretium, & ita neuter erit in damno, & inter eos erit iustum & æquum: idcirco reducta re, ad æqualitatem per iudicem, nulla pars conqueri potest, supradicta autem colliguntur ex Aristo. v. Ethic.

Vbi nõ põt esse controuersia ibi nec actio iudicialis:

Qua ex re satis constat, actionem non competere, nisi postquam est controuersia: non est autem controuersia, nisi alterutra pars dederit, aut tradiderit, aut fecerit: altera uero nihil retribuit. Concludo igitur, non nasci actionem ex obligatione, ante dationem, uel traditionem, uel factionem. d. §. offerri: & sic nec ex ciuili nec naturali nec ex utraq; nascitur Glos. & Doct. Insti. de obliga. fatentur actionem non nasci nec ex sola ciuili, nec ex sola naturali, sed ex ciuili, uti patre, & ex naturali,

Vbi nõ est cõtrouersia ibi nec actio iudicialis:

uti matre simul asserunt nasci, & sic utramq; obligationem aiũt ibi diffiniri, ut supra tetigimus.

Actio nascitur ex equitate uti ex causa propinqua & ex obligatione uti ex causa remota:

Tu uerò dicas actionem ex æquitate, hoc est ut tollatur iniquitas, uti ex causa propinqua nasci, ut paulo ante demonstratum est, & ex obligatione, siue ciuili, siue naturali sola, siue utraq; simul, ueluti ex causa remota: Quemadmodum enim, sol & homo generant hominem, homo, ut causa propinqua, immediataq;, sol uerò, ut remota, sic obligatio & æquitas generant actionem, æquitas tamen ut princeps, nam altero ex contrahentibus dante, aut faciente, quod promiserat, & sic adimpleuit ex parte sua, altero uerò negante, dare aut facere quod conuenit, nascitur iniquitas: propterea q; is, qui adimpleuit, est in damno, alter uerò est in lucro. Vt igitur illa iniquitas tollatur, competit actio ei, qui adimpleuit, qua petit á iudice, tanquam à iusto uiuo, ut compellat alteram partem ad dandum, seu faciendum, quod promiserat: ita ut iniquitas illa reducatur ad æqualitatẽ, hæc autem est propinqua causa, quãobrẽ detur actio.

Item si gessi utiliter negotiũ tuũ, in quo ex bonis meis aliquid impendi, si tu non redderes quod impẽdi, tu esses in lucro, & ego in damno, & sic esset iniquitas. Qua de re, ut ea reducatur ad æqualitatẽ, competit mihi negociorũ gestorum actio, tot. tit. ff. de nego. gest.

Item si furtim, uel ui, mihi aliquid abstuleris, tu esses in lucro, ego autem in damno, & sic est iniquitas, ob id competit mihi cõdictio furtiua, & ui bonorum raptorum qua, peto à iudice, ut iniquitas illa, ad æqualitatẽ reducatur. Causa itaq; propinqua actionis est, ut æquitas seruetur, uerumtamen nisi is à quo petitur, esset obligatus, non posset á iudice compelli: hanc ob causam requiritur etiam obligatio, uti causa remota, ad producẽdam actionem. Vbicunq; itaq; dicitur actionem nasci ex obligatione, intelligitur ex causa remota: re uera nascitur, ut æquitas seruetur, & iniquitas tollatur, scilicet realis. Et ista procedunt in actionibus, quæ dicuntur iuris gentium, quæ fuerunt antequam ius ciuile existeret.

Actionem nasci ex obligatione quomodo intelligit.

✠

XXXIIII. Declaratio, unde nascatur actio ciuilis.

SVNT tamen quædam actiones merè ciuiles, ut ea quæ est ex obligatione literarum, & eiusmodi, quæ iure gentium cum adhuc non essent obligationes meræ ciuiles notæ nequaquã erãt. Hæ igitur actiones nascuntur, interdum ex sola obligatione, ut patet in literarum obligatione, ex qua datur actio, ad pecuniam repetendam, post biennium, & tamen is, qui repetit, non numerauit & sic non est in damno, & is à quo repetitur, non est in lucro, cũ eam non acceperit, nascitur igitur illa condictio ex sola obligatione ciuili, cum nulla subsit realis æquitas, ob quam illa detur, subest tamen æquitas quædam legalis, ut scilicet pareámus legibus, & patriæ legum effectrici. l. ueluti. ff. de iusti & iur. Nascitur itaq; actio ciuilis ex obligatione ciuili, & ex æquitate legali. Concludo igitur actionem, iuregentium introductam, de qua supra dictũ est, nasci ex æquitate reali, uti causa propinqua, & ex obligatione iurisgentium, uti ex causa remota, quæ etiam ciuilis dici potest, cũ iure ciuili approbata sit. §. ciuiles. Insti. de oblig. actionem uerò ciuilem ex obligatione ciuili, atq; legali æquitate oriri. Conclusio supradictorum

XXXV. Declaratio, an ex pacto nudo detur actio.

EST præterea alia æquitas, quæ dicitur rationalis, quæ nascitur ex æquo rationali. Aequum autem rationale, est bonum quoddam consentaneum, & rectæ rationi adæquatum, unde nascitur æquitas rationalis. Sed ne res exemplis egeat, ita ostendam: Vnicuiq; potentiæ, proprium obiectum, natura tribuit, obiectum enim potentiæ auditus, est sonus. potentiæ olfactus, est odor, potentiæ uisiuæ, est coloratum, obiectum uerò uoluntatis, est bonum & æquum. Quemadmodum igitur, si quis obijceret aliqd bene coloratũ potentiæ uisiuæ, bene dispositæ, in medio proportionato, potentia ipsa uisiua obligatur, natura ipsa, recipere illud obiectum, si uerò oculi seu potentia uisiua, non sit bene disposita uel sit in medio impedito, ut puta in aere obscuro, non percipiet obiectum, idest coloratum illud.

Aequitas rationalis quæ.

Exẽplum.

Itē si recta ratio, ostendat aliquid uoluntati, quod affirmet esse bonum & æquum, statim ipsa uoluntas, si recta est, sponte obligatur ad illud bonum persequendum. Et huiusmodi obligatio appellatur naturalis, propterea ꝙ nascitur ex æquitate rationis, quæ ratio est natura ipsius hominis, ut inquiunt morales, & semper inuitat ad res honestas. Qui ergo facit, id quod recta ratio dictat, ad æquat se rationi rectæ, & hæc est æquitas rationalis. Quamobrem si quispiam, ut puta Petrus, promittat uestem Titio simpliciter, & sine causa, recta ratio Petri, ostendit rectæ uoluntati ipsius Petri, bonum & æquum esse seruare, id quod promissum est. l. i. ff. de pact.

Obligatio naturalis quamobrē ita appelletur & quomodo nascatur:

Recta itaqꝫ uoluntas, ueluti naturæ uinculo obligata, illud seruabit, dabitqꝫ uestem Titio, sponte tamen sua. At si Petri uoluntas sit praua, non persequetur illud, quod recta ratio dictat, esse bonum, & sic auaritiæ uinculo impedita, non dabit uestem promissam Titio.

Sed hic quæritur, an Titio, ex illa obligatione naturali, contra ipsum Petrum, ad uestem, detur actio. Respondeo, minime, eiusmodi enim obligatio ad pariendam actionem, inefficax est propterea ꝙ promissio fuit sine causa, & sic nuda: ita dicit glos. & Doc. in. l. iurisgentium. §. cum nulla. ff. de pact.

Actio quare ex pacto nudo non datur:

Tu uerò dicas, ideo ex ea, actionem non nasci, quia sequeretur iniustum & iniquum: nam si Titio contra Petrum, ad uestem actio daretur, Petrus cogeretur eam dare, alioquin frustra daretur actio at si daret, esset in damno, diminueretur enim eius patrimonium. l. iij. ff. de dam. infec. Titius certè esset in lucro, & ita sequeretur iniustitia, & iniquitas realis, in cōmercijs hominum, id quod esse non debet. Aristo. v. Ethic.

In superioribus uerò conuentionibus, ut in emptione, uenditione, & in similibus, ideo actio uenditori, tradita re, ex naturali obligatione datur, ne iniustitia, iniquitasqꝫ realis, inde oriatur, ne scilicet uenditor sit in damno, emptor autem in lucro. Si igitur à te quæratur, an ex naturali obligatione detur actio: Responde, aut si non daretur, sequeretur iniustitia, & iniquitas realis, & tūc datur, ut in primis exemplis, uidelicet in emptione, uenditione, & permutatione, alijsqꝫ eiusdem generis: de quibus in. l. Iurisgentium, in prin. & in. §. sed & si. ff. de pact. Aut si non daretur actio, nulla proueniret iniustitia, & iniquitas realis: & tunc non datur, ut in secundis exemplis, uidelicet quando Petrus promisit dare uestem simpliciter; Et ita procedit tex. in. §. sed cum nulla.

vers.

verſ. igitur, in eadem lege: Iniuſtitia autem, & iniquitas realis tunc ſequeretur, quando alter contrahentium eſſet in damno, alter uerò in lucro.

At ſi in caſu propoſito, idem Petrus ſciens, non poſſe aliqua actione, ad dandam ueſtem compelli, admonente tamen recta ratione, liberalitate ſua dederit, deinde pœnitentia ductus, uelit eam repetere. Quæritur an poſſit? Reſpondeo, receptum eſſe, ueſtem ſolutam, repeti non poſſe. l. naturales. ff. de actio & oblig. in fi. & l. fideiuſſor. §. fideiuſſor. ff. de fideiuſſor. & d. §. ſed cum nulla. Licet enim ea obligatio naturalis, nõ pariat actionem, cum realis æquitas in hoc caſu non urgeat, Tamen quia ineſt alia æquitas, uidelicet rationalis: ratio enim recta ſuadet iuſtũ & æquum eſſe, promiſſa ſeruari. l. i. ff. de pact. Vt igitur hæc rationalis æquitas locum habeat, gentes contra repetentem dari exceptionem conſtituerunt: exceptio enim ex æquitate naſcitur. l. qui æquitate ff. de doli excep. nec iniquitas illa in caſu huiuſmodi conſideranda eſt, ne alter ſit in damno, alter certè in lucro, quia Petrus qui dedit ueſtem, non dicitur eſſe in damno, cum id, facto ſuo ſentiat, c. dãnum de regu. iur. in. vi.

Quãobrẽ ex pacto nudo datur exceptio ut res ſoluta repeti non poſsit.

Exceptio in ex æquitate rationali naſcitur.

XXXVI. Declaratio, quando pactum dicatur nudum, & ueſtitum, & quæ ſint ueſtimenta.

Pactum quãdo dicat nudum

QVæritur præterea, quando pactum nudũ dicatur. Omnes ferè ſcribentes, nudam pactionem eſſe dicunt, quando aliquis ſine interrogatione promittit: ut not. in. l. iuriſgentium. §. igitur nuda. ff. de pact. Ponunt præterea multa pactionis ueſtimenta quæ enumerat gloſ. in d. l. Iuriſgentium. §. quin immo. ff. eo. aiunt enim illam, re, uerbis, literis, conſenſu, reiq́ interuentu ueſtiri, ſed hæc, ſunt ſpecificæ differentiæ, & ſic forma contractus. Non ſunt igitur ueſtimẽta aliud eſt enim forma rei, aliud ueſtimentum, quemadmodum anima rationalis, eſt hominis forma non autem ueſtimentum, ea enim eſt cauſa, ut homo ſit, ſed poſtquam eſt homo, eget ueſtimento ne frigeſcat. Ita conuentiones, licet dicantur ueſtitæ, ſpecifica differentia, ut ſint, nudæ tamen ſunt, niſi adſit æquitas qua induitæ, dicuntur ueſtitæ, qua ueſte remota, non naſcitur actio.

Ego uerò in eorum ſententiam, pedibus non eo, Dicas itaq; pactionem nudam, & ueſtitam eſſe, oppoſita priuatiue, quorum oppoſitorum natura ea eſt, ut cognito uno de ipſis, cognoſcatur & alterum. l. i. ff. de his qui ſunt ſui, uel alie iur. Quamobrem, ſi quæ pactiones ſint ueſtitæ prius cognouerimus, ſimul intelligemus, quæ ſint nudæ. Videamus itaq; de his quæ ueſtitæ ſunt.

Pactum ſeu cōuētiones quomodo dicuntur ueſtiri.

Scito igitur conuentionem, ſeu pactum, uti genus, dici nudum, quando nulla differentia ſpecifica, ei aduenit. Differentiæ enim ſpecificę ſunt, quæ pactum nudum ueſtiunt, ad hoc ut ſit, non tamen ita ueſtitum parit actionem, ſed alia ueſte opus eſt, quo ad actionem pariendam. l. i. §. permutatio, ibi nudo conſenſu. ff. de rerum permu. Quo uerò ad eſſentiam, dicitur ueſtitum ſpecifica differentia, ita, ut tali ueſte, plures conuentionis ſpecies conſtituantur. Omnes igitur pactiones iure naturæ, ſiue gentium inuentæ cum primum realis æquitas eis ſubeſt, ueſtiri dicuntur, ita ut actionem pariant, quæ æquitas tunc ſubeſt, cum ab alterutra parte, uel datio, uel traditio, uel factio, accedit: ex qua quidē æquitate, ideo naſcitur actio, ut neutra pars, nec damnum, nec lucrum ſentiat, ſed ſuum quiſq; in iudicio recipiat. Eſt enim iudicium iuſti, & iniuſti diiudicatio. v. Ethic.

Iudicium quid

Omnes igitur iuris naturæ, & gentium conuentiones, ſunt nudæ, quo ad pariendam actionem, antequā ſubſit dicta realis æquitas: dicuntur tamen ſpecie ueſtitæ, ut alibi dicetur. Actio enim (ut dictum eſt) ideo datur, ut res iniqua, ad æqualitatem reducatur. Anteaquam igitur alter contrahentium det, faciat, uel tradat quicquam non eſt in damno, & ita inter eos, non eſt iniuſtitia, nec iniquitas. Quamobrem, neutri competit actio, quæ dumtaxat ei competit, qui dedit, aut tradidit, aut fecit, quod promiſit, ut cōtra, ipſe accipiat, quod ei promiſſum eſt: ne damnum ſentiat. Et licet ex emptione, uenditione, locatione, conductione, & mandato, antequam res interueniat, obligatio naſcatur adhuc tamen dicitur nuda conuentio. Eſt igitur in eis nudus conſenſus, & ſic nuda pactio, nuda inquam ad pariendam actionē: nam licet ſit obligatio, nō tamen parit actionem, priuſquam interueniat datio, uel traditio, uel factio, uel alterius contrahentium interſit. d. l. Iulianus. §. offerri ff. de actio. emp. l ſi procuratorem. §. mandati. ff. mand. vbi hæc ſunt uerba, mandati actio, tunc competit, cum cœperit intereſſe eius, qui mandauit, ponderandus eſt ille articulus tunc, qui extremum temporis ſignificat. l. iiij. §. fi. ff. de conditio & demonſtra. Dicuntur itaq; pactiones iuris naturæ, & gentium nudæ, tā

Non cum primum ē obligatio eſt actio

tisper dum, subsit realis æquitas, nudæ inquam, quo ad pariendā actionem.

Realis igitur æquitas, uestit eas, ita ut pariant actionem, proseruanda inter contrahentes æqualitate, ne scilicet alter eorum, sit in damno, alter uerò in lucro, quod esset iniustum, & iniquum, id quod inter ciues esse non debet, v. Ethic. & supra demonstratum est. Voluntas enim legum latoris est efficere bonos ciues. l. i. ff. de iusti. & iur. & v. Ethic. Boni autem ciues efficiuntur, si in ciuitate seruetur iustitia, & æquitas, quæ est uirtus, ab eaq; plus & minus, lucrum, & damnum, quod est uitium omnino tollatur.

Sed dicet quispiam, supradicta non sunt facultatis ciuilis, sed philosophiæ moralis: fateor supradicta ex morali philosophia accepta: pertinent tamen, imo necessaria sunt, ad facultatem ciuilē: Quid enim est aliud facultas ciuilis, quàm uera philosophia? l. i. ff de iusti. & iur. Audeo præterea dicere, non posse á quopiam facultatem ciuilem bene declarari, nisi priusmoralem philosophiā optimè norit. Ciuilis facultas ē philosophia moralis.

Ex supradictis satis constare arbitror, conuentiones, tunc uestiri, ad hoc ut pariant actionem, cum subest illa æquitas realis, de qua supra hoc est, cum alterius contrahentium, incipit interesse, eò quòd dedit, uel tradidit, uel fecit quidpiam, uel si quo alio modo intersit. Hac igitur æquitate uestitæ, pariunt actionem, qua iudex rem, ad æqualitatem reducit, ut neutra pars ex conuentione damnum sentiat.

Cognitis itaq; conuentionibus uestitis, facilè cognosci possunt nudæ. Sunt igitur nudæ, quibus ea realis æquitas non inest, nudæ in quamtum ita ut non pariant actionem. Supradicta autem, sine controuersia procedunt in commercijs, quæ sponte sua faciunt homines, ut sunt emptio, uenditio, locatio, conductio, commodatum depositum, & permutatio, & similes, in quibus clarè apparet dānum. & lucrum, plus, & minus, æquitas, & iniquitas realis. Duplex cō mercium

Sed in cōmercijs, quæ nobis inuitis fiunt, ut furtum, adulterium, cædes, percussiones, iniuriæ, & similes, non facilè in omnibus apparet lucrum. & dānum: nam licet in furto, & rapina, is, qui surripuit, sentiat lucrum, is autem, à quo surreptum est, sentiat damnum, quamobrem ei, qui in damno est, competit actio, qua iniquitas, iudice medio, ad æqualitatem reducitur. Tamen is, qui aliquem percusserit, uel alicui iniuriam fecerit, non clarè dicitur esse in lucro, cum nihil ei adsit. Sed cum inter percutientem, & per-

Actio quare ex maleficiis datur

cussum, clarè fit iniustum quoddam, quod idem est, quod iniquũ: si iniquum est, ergo & iniquitas: qua de re datur actio, ut ea iniquitas, ad æqualitatem à iudice redigatur: percutiens enim, uel occidens, seu iniuriam faciens, dicitur habere plus de existimato bono, in quantum impleuit suam uoluntatem: & ita quasi in lucro esse uidetur. Homines enim si suæ uoluntati etiam prauæ, satisfaciant, lucrum esse existimant.

Ille autem qui uulneratur, uel occiditur, uel iniuriam patitur, dicitur habere plus de malo, cum id contra suam uoluntatem patiatur, & ita esse quasi in damno uidetur, quamobrem ei competit actio, qua iudex ductus, rem ad æqualitatem reducit, subtrahens à lucro, & ponens in damno: hoc est, aufert à percutiente, uel occidente numos, seu quid aliud, illudq; ponit in cõmodum, uel honorem uulnerati, uel iniuriam passi, & ita seruatur æquitas inter ciues, quæ sola est causa, ut ex cõmercijs nascatur actio. Hæc autẽ æquitas cum adest, conuentiones dicuntur uestitæ, cum abest, nudæ appellantur, sunt tamen uestitæ, quo ad esse perfectum, quando transeunt in propriam speciem.

Operari quid

Cæterum ut dilucidius pateat, quamobrem petitio, in iudicio appelletur actio, rursus dicito, tria esse uerba, uidelicet operari, facere, & agere, Operari continet sub se facere, & agere, omnis enim qui agit, & omnis qui facit, operatur, tunc autem dicimur facere, quando remanet aliquod opus, ultra operationem, agere autem, quando nihil remanet operis. Aristo. 1. Polit. & vi. Ethic.

Operatio ut genus.

Et ex his, tria hæc nomina ducuntur, operatio ueluti genus, quæ in duas diuiditur species, in operationem quæ est factio, & operationem quæ est actio. Operatio, quæ est factio, continet sub se omnes operationes, ex quibus remanet aliquid facti: exempli gratia, ex ædificatione remanent ædes. Est igitur ædificatio, factio quædam: ex fabri lignarij operatione, remanet opus, utputa sedes: erit igitur factio. Est itaq; factio omnis operatio, ex qua aliquid operis existit.

Actio species operationis.

Operatio uerò quæ est actio, continet sub se omnes operationes, ex quibus nihil operis remanet. Cantare igitur est agere, & cantatio illa, est actio. Habere orationem, est agere, & habitio illa orationis, est actio: loqui cum aliquo, est etiam agere & sic locutio illa, est actio, legere præterea, est agere, lectio igitur, est actio. Item petere ab amicis id, quod promissum est, uel de aliqua re sibi accõmodari, uel quoquo modo amicè petere, est agere, petitio ipsa est actio. Hæ & harum similes, dicuntur actiones, non autem factiones: ob hanc sanè causam, quòd nullũ ex eis

remanet opus.

Rursus petitio ſubdiuiditur, alia enim fit extra iudicium, alia in iudicio. Extra iudicium fit, quomodocunq; ſine iudice, ab aliquo petatur, de qua leges nihil tradunt, quia non eſt id à ciuitate conſtitutum, ſed fit natura ipſa docente, quiſq; enim ſcit, ab alio petere, quod ſibi placitum eſt.

Petitio extra iudicium.

At petitio illa in iudicio, quæ ut dictum eſt, dicitur actio, eſt ius, ut Inſti. in prin. de actio. ius autem, ut ſæpius dictum iam eſt, eſt ordinatio, ſeu conſtitutio quædam ciuitatis. Ciuitas enim cõſtituit, quo nam modo in iudicio petendum ſit. Hæc itaq; petitio in iudicio, quæ eſt idem, quod actio, de qua Inſti. de actio. in prin. in duas diuiditur ſpecies: Nam quædam eſt in perſonã, quædam in rem, ut .l. actionis uerbo, ff. de actio. & obliga. Petitio in rem eſt per quam rem noſtram, quæ ab aliquo poſſidetur, petimus & ſemper aduerſus eum eſt, qui rem poſſidet, quæ proprio nomine, appellatur uendicatio. Vendicare enim eſt, rem ſibi appropriare, uel ſuam eſſe dicere, ut inquit Valla.

Vendicare quid

Hæc autem petitio in rem, aut eſt factio, aut actio: factio nõ eſt cũ ex ea nihil facti remaneat: erit igitur omnino actio. l. actionũ genera, ff. de actio. & oblig. Sed quia interdum petimus, ſeu perſequimur rem non noſtram, ſed nobis obligatam, ſeu hypothecatam, huiuſmodi petitio, ſeu perſecutio, aut erit factio, aut actio: factio non eſt, cum ex ea nihil operis ſuperſit, erit itaq; actio, proprio autem nomine uocabitur hypothecaria: ſicut homo proprio nomine, uocabitur Camillus.

Petitio autem in perſonam, dicitur actio, qua cum eo agimus, qui obligatus eſt ex contractu, uel quaſi, ex maleficio, uel quaſi ad faciendum aliquid ſeu dandum. Inſti. de actio. §. i. ſemperq; aduerſus eundem, ſeu eius hæredem locum habet. ut. d. l. actionum genera. Hac autem, plures continentur ſpecies, ueluti actio ex empto, uendito, locato, conducto, mutuo, depoſito, & huiuſmodi, de quibus ſupra dictum eſt.

Petitio in perſonam.

XXXVII. Declaratio, an Iudicis officiũ ſit actio

INterdum in iudicio petimus, ſeu imploramus ab eo, qui nõ eſt nobis ex contractu, uel quaſi, ex maleficio, uel quaſi obligatus, ſed tenet ex æquitate quadã, ſeu ex uiri boni officio hic aũt eſt iudex, q ex officio ſuo, & æqtate tenet facere, quod ſibi incũbit.

Est enim officium, facultas quædã, qua quis facit, uel agit, quod sibi incumbit, illa igitur petitio, seu iudicis officij imploratio, aut erit factio, aut actio, factio omnino non est, cum ex ea quicquam operis non remaneat, erit itaq; actio, qua quis petit à iudice, ut mediante eius officio, agat aliquid, quod ei incumbit, ueluti ut in integrum restituat, tot. tit. de resti. in integ. seu usuras, uel fructus, præstari faciat. l. per collusionem. §. i. ff. de actio. emp. & . l. iii. C. depos. ipsum uerò iudicis officium, nullo modo est actio, sed est quoddam medium, ueluti instrumentum, quo ipse iudex agit, & operatur, sicuti ignis operatur sua caliditate, & sutor sua arte, si. n. peto à sutore, ut faciat mihi calceos: illa mea petitio, est actio quędam, ars uerò sutoris, minime; ars enim est habitus, seu facultas quædam, qua sutor facit. Frustra igitur quærunt Doctores, an ipsum iudicis officium, sit actio, nusquam enim probatur, ipsum officium esse actionẽ: sed est id, quo iudex ipse agit, uel per quod agit.

Iudicis officium nõ ẽ actio

Doctores item inquiunt, damni infecti cautionem peti, per officium iudicis. l. Prætoris officium. ff. de dam. infec. sed cautio dãni infecti, est actio. l. inquilino. ff. eo ergo &c.

Longè aberrant, nam nec ipsum officium, est ipsa actio, sed est facultas quædam, qua ipse iudex iubet caueri, de damno infecto, uel aliquid fieri, nec ipsa quidem cautio damni infecti, est actio, cũ cautio non fiat à petente, sed ab eo à quo petitur, dominus enim ædium uitiosarum cauet, nec quicquam sibi petit. Illa igitur petitio, qua quis petit, ut iudex officio suo, faciat ab aduersario sibi de damno infecto caueri, est ipsa actio, de qua loquitur. l. inquilino.

Petitio est actio non officium iudicis

Concludendum est igitur, officium iudicis nullo modo esse actionem, sed ipsa petitio, qua quis implorat ipsum officium, est actio. Quemadmodum nec ipsa res petita, est actio, sed petitio ipsius rei, dicitur actio.

XXXVIII. Declaratio, an actio sit de iure gentium, an de iure ciuili.

Rursus quæritur, utrum actio sit de iure gentium, an de iure ciuili. Pro responsione rursus repetantur, ea quæ paulo ante dicta sunt, sumat igit̃ operatio, ut genus superius, deinde in duas diuidatur species, in operationem uidelicet, quæ dicitur

factio, & operationem, quæ dicitur actio, factio est omnis operatio, quæ in exteriorem materiam transit, eaq; cessante, remanet aliquod opus factum, quod est finis, ueluti si ædificator ædificat, eius operatio in exteriorem transit materiam, hoc est in ædes, & cessante operatione, remanet opus, hoc est ædes ipsæ. Sub hac specie, quæ dicitur factio, omnes mechanicæ operationes continentur: omnes enim artifices, & fabri, facere, non agere dicuntur, quorum bonum est in eorum operibus, non autem in ipsis: possunt enim artifices, seu fabri esse mali, & praui, opera autem illorum bona.

Rursus, actio est omnis operatio, quæ non transit in exteriorẽ materiam, qua operatione, hoc est actione cessante, nullum remanet opus, sed ipsa actio, est finis. Exempli causa, qui canit, qui pulsat citharam, qui loquitur, qui orationẽ habet, & qui aliquid ab alio petit, dicitur propriè agere, & non facere: ex his enim nullum remanet opus. petere itaq; est agere, petitio illa est actio. Rursus petitio, tãquam genus subalternum, subdiuiditur quædã enim fit extra iudicium, quędam in iudicio. Extra iudicium, mille sunt petendi modi. Petunt enim homines ea de quibus, & in quibus uolunt sibi etiam gratuito accõmodari. In iudicio uerò, ea dumtaxat homines petunt, quæ sibi ab alijs quoquomodo debentur. hoc ex Aristo. i. Polit.

Exẽplum actionis

Si igitur quæritur, quo iure introducta sit actio. Dicito actionem extra iudicialem, tunc natam fuisse, cum homines cæperunt sermonem habere.

Hominibus enim, ideo datus est sermo, ut eo possent inuicem loqui, eoq; iocunda, & molesta inuicem indicare, iustum: & iniustũ, æquum: & iniquum, utilitatem, & damnum mutuo demonstrare. ut .i. Polit. Omnia autem hæc sunt extraiudiciales actiones: & ab initio iure naturali introductæ.

Actio uerò iudicialis, eo iure introducta fuit, quo & magistratus & consequenter iudicium. magistratus certè introducti fuerunt, eo iure quo & ciuitates condi cæperunt. Sunt enim: & ipsi pars ciuitatis, quemadmodum Aristo. i. Polit. ait: & supradictum est. in decla. xxx. Ciuitates autem iure gentium cõditæ sunt. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. & ibi Doc.

Est igitur actio iudicialis, iure gentium introducta, nam quo iure est causa, eodem est eius effectus: causa enim parit effectum sibi similem, ut aiunt Philosophi. & l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. Calor enim, rem calidam, frigus frigidam efficit. Causa siqui

Actio iudicialis iure gẽtium introducta.

dem actionis iudicialis, sunt contractus, & conuentiones, & consequenter obligationes, quę ex his oriuntur. Contractus ueró, seu conuentiones feré omnes: ex iure gentium institutæ sunt. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Hæ autem, uti causa remota actionem iudicialem pariunt. l. iurisgentium ff. de pact.

Quamobrem, si eo iure, Titius uendidisset fundum Sempronio centum, tradito fundo, si Sempronius noluisset dare pretium, Titius in iudicio coràm magistratu, dicta centum petebat, quæ petitio, ut supra dictum est, nil aliud est quam actio iudicialis, appellaturq; actio ex uendito. Contra si Sempronius dato pretio, Titioq; dare fundum negante, petebat coràm magistratu fundum sibi tradi, ea petitio dicebatur actio ex empto. Item dicendum est de locatione: Nam si locator rei locatæ mercedem petebat, eiusmodi petitio, erat actio, uocabaturq; actio ex locato. Econtrarió petitio conductoris, erat itidem actio, dicebaturq; actio ex conducto. Item petitio rei depositæ, reiue cõmodatæ dicebatur actio ex deposito, actioq; ex cõmodato.

Actio ex empto.

Actio ex conducto

Actio ex deposito

Item eo tempore, quo iure naturæ, seu gentium uiuebatur, si quis, puta Petrus abundans frumento egebat, uino, conuentione facta, dedisset Titio frumentum, quo accepto, si Titius amicé requisitus, noluisset uinum tradere, poterat coràm magistratu petere ut dictus Titius ad dandum uinum compelleretur, & ea petitio erat actio, non autem factio, & quia in iudicio petierat, erat actio iudicialis appellariq; poterat actio in factum. Quæ actio, proculdubio erat de iure gentium: cum permutatio fuerit iure naturæ seu gentium introducta. Aristo. i. Polit.

Actio in factum

Si enim emptio iuregentium fuit introducta. §. fi. Insti. de iur. na. gent. & ciuil. igitur & permutatio. A permutatione enim origo uendendi, emendiq; cæpit. l. i. ff. de contrah emp. & uend. Et generaliter dicito, omnes actiones, quæ nascebantur ex contractibus ex iuregentium introductis, iurisgentium appellari. Nam cuius iuris est causa, eiusdem est effectus. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur.

Actio que nascitur ex cõtract bus iuris gen. ẽ iuris gentium.

Actiones ueró quæ nascuntur ex contractibus, iure ciuili institutis, ueluti ex stipulatione, ex literarum obligatione, ex contractu emphyteotico, quos glos. ponit in. d. l. ex hoc iure, meritó appellantur ciuiles: cum earum causa, iure ciuili fuerit introducta. Et sicubi reperies actiones ex cõtractibus iurisgentium natas, ciuiles nominari ne mireris, ciuitates enim, à quibus ius ciuile appellatur, non solum uiuendi, sed bene uiuendi gratia, fuerunt institutæ.

tæ. Quamobrem, & iuris naturæ, iuriſq; gentium præceptis, & ciuilibus utuntur. Et ex his tribus partibus collectum eſt quoddam totum, quaſi integrum, quod quidem totum, ius ciuile, nuncupatur, ut apertè patet in. v. Ethic. ubi philoſophus ait, Ciuile ius, aliud naturale, ſeu gentium, aliud legitimum eſſe: & ita apertè demonſtrat, ius naturale, ſeu gentium, eſſe partem iuris ciuilis, ſicut paries, eſt pars domus.

Ius naturale ſeu gentium ſunt partes iuris ciuilis in genere ſumpti

Ius itaq; naturæ, ſeu gentium, appellatur ciuile eò quòd ciuitates illo utuntur, non quod inuenerint. Hoc apertè confirmat Cicero in. iij. offic. Cuius hæc ſunt uerba, maiores noſtri, aliud ius gentium, aliud ius ciuile eſſe uoluerunt: quod enim ciuile, non idem gentium, quod autem gentium, idem ciuile eſſe debet. Hæc Cicero.

Ius itaq; legitimum, ſeu poſitiuum eſt pars iuris ciuilis, quod quidem ius ciuile, ut dictum eſt, ſumitur ueluti totum quoddam integratum, & ius iſtud poſitiuum, ut pars, dicitur etiam ciuile, propterea q; non ſolum eo ciuitates utuntur, ſed ipſum etiam cōſtituerunt. Ita s. Tho. ibi declarat Philoſophi uerba.

Ita ad propoſitum, ſi actiones quæ ex contractibus iuris gentium naſcuntur, aliquando appellantur ciuiles: ideo fit, quia ciuitates illas approbant, illiſq; utuntur, & hoc tangit gloſ. in. l. naturalis in prin. in uer. obligatio, in ult. uer. ff. de præſcrip. uer. Quemadmodum obligationes dicuntur ciuiles, quæ aut legibus conſtitutæ, aut certo iure ciuili, hoc eſt ab ordinatione ciuitatis, cōprobatæ ſunt. §. nāq;, uer. ciuiles, Inſti. de obliga. Ex ſupradictis ſatis conſtat, actiones quæ dantur ex contractibus iure gentium inſtitutis, eodem iure gentium, eſſe introductas.

Actiones ex contractibus iure gen. quare dicātur ciuiles.

XXXIX. Declaratio, an deportati habeant actiones.

Deportati habēt actiones iure gētium inuētas.

ILLVD obiter, hic uidendum eſt, cum deportati habeant ea, quæ ſunt iuriſgentium, & conſequenter habent facultatem faciendi omnes contractus, qui ſunt iuriſgentium, ea uerò quæ ſunt iuris ciuilis, nequaquam habent. l. quidam ſunt. ff. de pæn. Hinc quærunt doctores, an habeant actiones ex illis contractibus Reſpondendum eſſet, non habere actiones: hæ enim, ut ipſi aiunt, ſunt iuris ciuilis. Bar. tamen in. d. l. quidam, dicit, ex eo, quód lex permittit deportatis, habere poteſtatem faciendi contractus in

k

ris gentium, concedit etiam eis, habere actiones, licet sint iuris ciuilis.

Deportati habent actiones ex cõtractibus iurisgen.

Tu autem ex supradictis, responde hoc modo, si deportati habent ea, quæ sunt iurisgentium. d. l. quidam, possuntq́ facere contractus iurisgentium, consequenter etiam habent actiones, ex illis contractibus natas, quæ etiam sunt iurisgentium, licet aliquando appellentur ciuiles: de quo iam satis dictum est. Aduertendum tamen est, q́ licet deportati, non habeant ea, quæ sunt iuris ciuilis Romanorum, eò quia desinũt esse ciues Romani, tamen si ad aliã migrarent ciuitatem, ut puta Venetias, ibiq́ efficerentur ciues, haberent ea, quæ sunt iuris ciuilis Venetorum.

Sed huic conclusioni, hoc est actiones esse iurisgentium: uidetur aduersari tex. in l. ij. §. deinde ff. de orig. iur. ubi actiones uidentur ex legibus natæ, iccirco ciuiles nominandæ sunt. Pro solutione sciendum est, actionum quo ad rem nostram duas esse species, Vnam, quæ est facti, & hęc est formula quædam ex legibus composita. Alteram, quæ est simplicis iuris, prima quæ est facti, est narratio quædam in iudicio: narrare enim, est agere. Narratio igitur, est actio, continens factum, & conuentionem, de aliquo negotio coitam, hæc autem narratio iure gentium erat simplex, nec habebat certam dicendi formam, huiusmodi autem narratio, erat uaria, prout erant uaria negotia, de quibus agebatur.

Narratio in iudicio est actio.

Ab initio itaq́ uariæ, & incertæ erant hæ narrationes, postea Appius Claudius eas composuit, ad formamq́ redegit. d. l. ij. §. postea, quo factum est, ut unaquęq́ narratio, propriam haberet formulam, certis quibusdam uerbis, & solẽnibus compositã, in qua, si aliquod uerbum, aut syllaba mutaretur, uel diminueretur, uel adderetur, actus uitiabatur. l. i. C. de formu. subla. Singula itaq́ negotia, singulas habebant formulas, & narratio illa solẽnis, continebat factum, seu conuentionem, quæ transierat in proprium nomen contractus, ab eoq́ nomine, actio sumebat suum nomen.

Et ne res exemplis egeat, paucis agam. Si erat narratio continens factum, seu conuentionem de re uendita & empta, actio empti, & uenditi uocabatur: Si continebat factum de re locata, & conducta, appellabatur actio locati, & cõducti, & ita de alijs nominatis.

XL. Declaratio actionis præscriptis uerbis, & in factum.

SIN autẽ narratio in formulam redacta, continebat factum, seu conuentione, quæ non transibat in ꝓpriũ nomen contractus, ut sunt illi quatuor innominati, do ut des, do ut facias, facio ut des, aut facio, ut facias. l. naturalis. ff. de præscrip. uer. Tũc quoniam actio nõ habebat unde caperet proprium nomen, actio præscriptis uerbis, uel in factum uocabatur, nam cum deficiebat actionis nomen, actione præscriptis uerbis, uel in factum agendum erat: Hoc est, ex illis solenibus uerbis, in formulam præscriptis, quibus negotium ex ponebatur, dicebatur actio præscriptis uerbis, uel ex illo facto, in sua formula solẽniter narrato, actio in factum nuncupabatur. Actio præscriptis uerbis quare dicatur.

In his igitur quatuor contractibus, actio in factum, & actio præscriptis uerbis, re non differunt, una est enim conuentio partiũ uidelicet do, ut des, quæ pro ut est conuentio, facti est. l. consilio. §. fi. ff de cura furio. & ex illo facto, dicitur actio in factum. Sed quia illa met conuentio, scilicet do, ut des, fuit uerbis contrahentium expressa, ex illis uerbis in formulam præscriptis, illa eadem actio, quæ dicitur in factum, appellatur actio præscriptis uerbis. l. i. & .ij. ff. de præscrip. uer. Item minime differunt fine: utraꝙ enim datur ad idem dandum, uel faciendum tot. tit ff. eo.

At si narratio, seu formula nullam continet partium conuentionem, sed simplex factum, ex quo datur alicui damnum, & ita est iniquitas: æquissimum quidem est, aliquam, damnum passo, dari actionem, qua à iusto uiuo hoc est à iudice, res ad æqualitatem reducatur. Quamobrem, si huiusmodi factum in proprium transit nomen, ueluti est furtum, rapina, iniuria, ex eo nomine, actio suum accipit nomen appellaturꝙ furti, ui bonorum raptorum, iniuriarumúe actio, ut in suis titulis patet. Sed si in proprium nomen, factum non transit, est tamen aliqua lex, à qua ueluti à causa efficienti, actio possit nomen accipere, tunc ab illa lege, actio appellabitur, ueluti actio legis Aquiliæ, ut in tot. tit. ad. l. Aquil. Actio in factum quando datur.

At si factum in proprium non transit nomen, nec lex aliqua de eo loquitur, tunc ex eo facto, datur actio in factum dumtaxat, Exempli causa, si non in corpore damnum fuerit datum, neꝙ corpus læsum fuerit, sed aliquo modo alicui damnum datum sit, ue-

luti, si quis misericordia ductus, alienum seruum uinctum solue-rit, ut fugeret. §. fi. Insti. ad. l. Aquil. Item si quis, alterius impulsu, damnum alicui dederit, quo fit, ut in factum actio danda sit in eū, qui soluit, quiúe impulit. l. qua actione. §. fi. ff. ad. l. Aquil. Vbi-cunque igitur est tale factum, quod non transit in proprium no-men, nec lex aliqua de eo loquitur, ibi sola actio in factum danda est.

Actio in factum generalisque nō dicitur prescriptis uerbis.

Erit igitur hæc actio in factum generalis, dabiturque ubicunque ta-le simplex factum reperitur, nec ex huiusmodi facto, datur actio præscriptis uerbis, cum nulla insit partium conuentio, & conse-quenter nulla partium uerba in formulam redacta sunt, ex quibus detur actio præscriptis uerbis, ut supra dictum est.

Tales itaque compositæ narrationes, dicebantur legis actiones, eó quòd per eas, lege, hoc est iure, agebatur, illis enim homines in-ter se, iure disceptabant: sed à principio, narrationes illæ erant qui-dem compositæ, non tamen ordo, obseruatioque uerborum pro for-ma habebatur: Quas actiones, hoc est facti narrationes, ne popu-lus arbitratu suo institueret, certas solēnesque esse uoluerunt, hoc est instituerunt, ut non omnibus, sed certis quibusdam diebus, iure li-ceret agi, quibusdam ueró non, illos fastos, hos nefastos appel-labant.

Erant autem fasti dies, quibus licebat Prætori fari, tria illa uer-ba solēnia, do, dico, addico: his contrarij, erant nefasti unde Ouidius.

Ille nefastus erit, per quem tria uerba silentur,
Fastus erit, per quem, lege licebit agi.

Comitiales dies.

Erant præterea dies comitiales, quibus cum populo uniuerso conuocato, de re publica agi licebat, hoc est calatis comitijs, de quibus superius abundè diximus. Erant etiam dies stati, qui iu-dicij causa, cum peregrino instituebantur. De his legito apud Ma-crobium primo saturnalium.

Liber ille, in quo dies solēnes scripti erant, fasti dicebantur. Is liber, & actiones ita compositæ, erant apud collegium Pontificū, ex quibus unus quoquo anno, præerat negotijs priuatis: Eo tem-pore, eum qui in iure, aliquid ab alio constituisset, petere oporte-bat à Pontifice illo, & diem, quo liceret agi, & actionem, hoc est rei narrationem petere, talis enim actio temporibus nostris, libel-lum appellari licet, qui etiam hodie ab Aduocatis petitur, non ta-men solēnis, unde Cicero pro Murena ait.

Posset agi lege, nec ne, pauci quondam sciebant: fastos enim

uulgo non habebant, erant enim in magna potentia, qui consule-bantur, à quibus etiam dies, tanquam à Chaldeis petebantur.

Deinceps quidam Gneus Flauius surripuit fastos, hoc est librum, qui dies illos continebat, & palám omnibus legendos proposuit, ita ut populus amplius pontificum opera, non egeret, unde Cicero ibidem subdit, inuentus est scriba quidam Gneus Flauius, qui cornicum oculos confixit, & singulis diebus ediscendos fastos populo proposuerit, & ab ipsis cautis Iurisconsultis, eorum sapientiam compilarit. Cornicum oculos configere, ut obiter id declaretur prouerbium est, quo in eum utimur, qui callidos, & astutos homines uersutia, & calliditate supplãtat, & eludit.

Quo facto, irati Iurisconsulti, timentes ne uulgata illorum dierum obseruatione, sine sua opera, lege posset agi, rursus actiones illas ad quandam uerborum formam redegerunt, constitueruntq́, ut mutato uno ex illis, licet minimo uerbo, uel etiam syllaba, frustra ageretur. Vnde Cicero ibidem inquit. Actiones re dactæ ad uerborum formulam

Itaq; irati illi, quod sunt ueriti, ne dierum ratione per uulgata, & cognita, sine sua opera lege agi posset, notas quasdam, hoc est formulas, seu primas dictionum literas, composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent, hæc Cicero.

Quamobrem, qui iure agere uolebãt, ijs necesse erat, ut ab illis, & formulas impetrarent, atq; ita, ut in illis scriptum erat, ad unguem agi oportebat, quæ formulæ à Constatino sublatæ fuerunt C. de formu. subl. quorum loco, hodie sunt libelli, qui ab Aduocatis suo ipsorum arbitratu, componuntur.

Ego diu inter legendum obseruaui, si quam illarum formularũ inuenire possem, tandem cupido, atq; optanti, una apud Ciceronem pro Murena mihi occurrit: Ibi enim à Cicerone, antiqua rei uendicationis formula, exscripta est, ubi actor inquit. Fundus, qui est in agro, qui sabinus uocatur, ego eum ex iure meum esse aio: unde ego te ex iure manu consertum uoco. Hæc erat formula, qua actor rem uendicabat. Subdit ibidem Cicero. Quid huic, tam loquaciter litigioso responderet ille, unde petebatur, nõ habebat. Quamobrem, etiam pro reo, respondendi formula huiusmodi, composita erat. Vnde inquit, tu me, ex iure manu consertum uocasti, inde ibi te reuoco. habes igitur unam ex antiquis formulis. Libellus seu formula antiqua.

Huiusmodi igitur facti narrationes, in carmen, seu formulam redactæ, dicebãtur legis actiones, propterea q; per eas dumtaxat licebat lege agi.

Hæ autem legis actiones, quot annis erant apud unum ex Pontifi cibus .l. ij. ff de orig. iur. §. deinde. A quo is, qui iure acturus erat, formulam negotio, de quo disceptandum erat, accõmodatam impetrabat. Qui uerò, tales formulas apud se habebat, impetrãtiq; concedebat, dicebatur etiam Magistratus, coràm quo, filij & emãcipari, & in adoptionem dari poterant. Huius rei mentionem facit Modestinus, in .l. Magistratum .ff. de adop. Supradictæ igitur legis actiones, meritò dicendæ sunt ciuiles, propterea q̃ à iure ciuili earum cæpit origo.

Legis actiones sunt ciuiles

Iam satis dictum est, de ea specie actionum, quam paulo ante diximus esse formulas quasdam. Hæc est illa actio, quæ necessariò edenda, exprimendaq; est in iudicio, ut sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat. de qua loquitur. l. i. ff. de eden. & .l. edita. C. eo. tit. & hæc longè differt ab illa altera specie, quæ est ius persequendi &c. Insti. de actio. in prin. illa enim est ius persequendi, hoc est propter quod, persequi possumus in iudicio, quod nobis debetur. Aliud est igitur ius, propter quod persequimur, aliud ipsa persecutio, quemadmodum dicimus de itinere, quod est ius eundi, ambulandi &c. Insti. de serui. hoc est ius, propter quod possumus ire, & ambulare. Aliud est igitur ius ambulandi, aliud ipsa ambulatio. Item ars est habitus recta cũ ratione faciendi .vi. Ethic. & tamen aliud est ipsa ars faciendi, aliud ipsa factio.

L. edita. ff. de eden de qua actiõe loquatur:

Et ut paucis concludam, illa actio, de qua in Insti. in prin. est ius, propter quod possumus persequi quod nobis debetur, quod nec edi, nec emẽdari, nec mutari potest, cum sit res incorporea, & de hoc non loquitur. d. l. i. nec .l. edita. Illa autem actio, de qua loquitur. l. ij. §. postea, de orig. iur. est actio quædam, qua persequimur in iudicio, quod nobis debetur, uirtute illius primæ; & hæc edi, exprimiq; debet, & emendari, mutariq; potest. d. l. i. & .d. l. edita, hodie dicitur libellus, & de hoc dicetur in declaratione .d. l. edita.

Altera actiõis species:

Sequitur altera species, quæ est simplicis iuris, & longè ab illa superiori differt. Hæc enim est ius quoddam persequendi in iudicio, quod nobis debetur. Insti. de actio. in prin. illa uerò præstat nobis formulas, quibus negotiũ in iudicio narratur, hæc adeo in hæret ossibus nostris, ut à nobis separari nequeat .l. iij. & ibi not. ff. pro soc. illa cum suis formulis Appij Claudij libro continebatur .l. ij. §. postea. ff. de orig. iur, hæc certè minime libro aliquo contineri potest.

Actiones igitur, quæ sub hac specie, cum suis rudibus narrationibus continentur, partim sunt iure gentium introductæ, hoc est omnes eæ, quæ dantur ex conuentionibus iure gentium institutis ut supra diximus: Et eæ ex æquitate, ut ex causa propinqua, & principe, & ex obligatione, ut causa remota nascuntur, ut supra demonstratum est. Actiões iurisgen: introducte que:

Partim uerò sunt iuris ciuilis, hoc est omnes eæ, quæ dãtur ex conuentionibus iure dũtaxat ciuili introductis, quæ notantur in. l. ex hoc iure. ff de iusti. & iur. Et eæ interdum nascuntur ex sola obligatione ciuili, etiam sine reali æquitate, ut patet in litera. oblig. Insti. subest tamen æquitas legalis, ut supra diximus. Actiones introducte iure ciuili solum que:

Ex supradictis facilè concludi potest, plerasque actiones fuisse, ac esse iuris gentium. Et hæc dixisse de iure naturali & gentium satis sit, nonnullis interim obiter declaratis.

XLI. Declaratio permutationis, & in quo differat á contractu do, ut des.

Et quoniam superius, facta est permutationis mentio, non ab re esse uidetur, aliquid tractare, & de ea præsertim quæstiuncula, ubi Doc. quærunt, in quo differat permutatio, à contractu do, ut des, glos. in. l. i. C. de rer. permu. & Bar. ibi, & idem & Ias. in l. i. ff. eo. in hoc differre affirmant, uidelicet, quãdo species certa, puta equus, uel liber permutatur certa specie, ueluti ueste, dicitur permutatio, quando autem genus, cum genere, uel quantitas, cum quantitate permutatur, tunc est contractus innominatus, hoc est do, ut des, & non permutatio, ita Ias. in. d. l. i. nu. x. id quod falsum esse ostendetur. Permutatio quomodo differat a contractu do ut des secundum Doc.

Sed prius animaduertendum est, Doctores nostros, capere speciem, pro indiuiduo, quantitatem pro pecunia numerata, genus pro his, quæ pondere, numero, mensura uè constãt. Dicunt igitur ipsi si conuentum est, ut detur genus, pro genere, ut puta frumentum pro uino, esse contractum innominatum, hoc est do, ut des, non autem permutationem, in quo maximopere decipiuntur, lõgè. n. aliter res se habet, ut illico patebit.

Sciendum est igitur, ut Aristo. ait. i. Polit. gentes, ab initio, fructibus, ex terra, hoc est ex agricultura mortua, & ex animalibus, hoc est ex agricultura uiua, ut ipse appellat, perceptis, uitam duxisse: hę enim ueræ appellandæ sunt diuitiæ, horum siquidem

acquisitio, secundum naturam est, ut ipse ait, homines itaque ab initio, alij communia habebant omnia, alij separatim multa, quo fiebat, ut eorum, qui separatim fructus habebant, alij abundarent frumento, carerent autem uino: alij quidem uino abundarent, egerent autem frumento: Necessario igitur reperta fuit permutatio: non enim numorum usus adhuc repertus erat. Propter indigentiam igitur, necesse erat, permutationem fieri: unusquisque enim secundum rerum necessitatem, utilibus, inutilia, permutabat: frumento, enim quis abundans, uino autem carens, dabat frumentum alicui, ut ab eo uinum reciperet: mensura autem erat indigentia, ut hoc utar uocabulo, si quidem non plus accipiebat, quam egebat. Multę ad huc Barbarorum nationes, apud quos numrorum usus non est ita uiuunt alia enim pro alijs dant, recipiuntque, atque inutilia sibi utilibus permutant, ceu uinum tritico, oleum uino, & huiusmodi hæc ex Aristo. in. i. Polit.

Permutatio de genere ad genus

Ex quibus perspicuum est, primam permutationis speciē fuisse in fructibus, & consequenter in his, quæ pondere, mensura uè cōsistunt: quod Doctores nostri, genus appellant, in quo negāt esse permutationem, ut patet in locis supra citatis. Postea cæperunt permutare ferrum, seu æs frumento, uino, seu oleo, & hæc etiam ab Aristo. i. Polit. Permutatio secundum naturam nominatur, fiebat enim ex rebus, quas natura è terra, hominis gratia producit, ad supplementum dūtaxat indigentiæ, & secundum naturam, huiusmodi permutatio fiebat.

Permutationis prima species.

Ex his clarum est, primam speciem permutationis fuisse, do ut des, qua omnis datio cuiuscunque rei, pro re altera danda continetur, siue igitur certa species, pro certa, siue incerta, pro certa, detur & è contrario, siue genus pro genere, ut ex Aristo. ubi supra facile perspici potest, permutatio est.

Deinceps constitutis pagis, cæperunt esse artifices, erant itaque in pagis agricolæ, & artifices, cæpit præterea, ut naturaliter euenire solet, ut alter alterius opera indigeret, agricola enim egens calceis frumento autem seu uino abundans, dabat frumentum, uel uinum sutori, ut is faceret ei calceos: & contra sutor faciebat calceos agricolæ, ut is daret ei frumentum, uel uinum. Et ita aliæ duæ permutationis species esse cæperunt, uidelicet do, ut facias, & facio, ut des. Præterea eueniebat, ut sutor egeret domo, ædificator uerò calceis, conueniebant igitur, ut sutor faceret ædificatori calceos, ille autem sutori ædes: Hinc cæpit quarta permutationis species, uidelicet facio ut facias.

Permutatio facio ut des tertia species.

Quatuor

Quatuor itaq; permutationis species, iure gentiū constitutæ sunt, de quibus plenè Aristo. in. v. Ethic. tractat. Ibiq; dicit, has permutationis species fuisse, priusquam esset numus. Asserit præterea ibidem, nullum pagum, nullamq; ciuitatem, sine permutatione existere posse.

Ciuitas sine permutatione esse nō potest.

His itaq; permutationis speciebus constitutis, necessariò, & earum genus constitutum fuit, si quidem genus, nil aliud est, quam similitudo quædam ex specierum similitudine collecta, animóq; cogitata, uereq; perspecta, quæ nisi in ipsis speciebus, aut in earū indiuiduis, esse non potest, unde fit, ut peremptis omnibus speciebus, ipsum genus perimi necesse sit, species certè nil aliud est, quam similitudo ex indiuiduorum numero dissimilium, substantiali similitudine, animo collecta, quæ sine ipsis indiuiduis, esse nequit: Hæc ex Boetio super Porphyrio.

Quamobrem, si species est, alicuius generis est, species enim est, quæ sub assignato genere ponitur, hoc enim necessariò sequitur, species est, igitur genus est, ut Dialectici aiunt, confirmat hoc idē Vlpianus in. l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de leg. iij. Colligitur itaq; ex his quatuor speciebus, quoddam earū genus, quod permutatio appellatur.

Est species ergo genus

Erit itaq; permutatio, ipsum genus, has quatuor species, inter se quidem diuersas continens: Quod autem permutatio sit genus confirmatur Bar. autoritate in rub. de rer. permu. C.

Redeo nunc ad propositum, si igitur quæras, in quo differat permutatio, á contractu do ut des. Respondeo, in eo differre, quo differt animal ab homine, hoc est genus á specie. Differt autem genus à specie, eo quod genus continet speciem, species uerò continetur, & non continet, & interempto genere, interimitur species & non è contrariò, ut ait Porphyrius, & Vlpianus in. d. §. inter emptum.

Permutatio in quo differat a cōtractu do ut des.

Ex his patet, falsam esse differentiam, quam glos. & Doc. in. l. i. ff. & C. de rer. per. minus accuratè faciunt. Non enim permutatio est species, sed est dumtaxat genus, ut ex supradictis facilè patet, quo, ab initio, hoc est antequam numus repertus esset, quatuor illæ dumtaxat species continebantur, idest do, ut des, do ut facias, facio ut des, & facio, ut facias, ut claré patet. v. Ethic. i. Polit.

Deinde inuento numo, inuenta fuit emptio, & uenditio, quæ ueluti species in permutatione, sicuti in genere suo contineri cæpit, est enim emptio & uenditio, permutatio quædem, ut. v. Ethic.

Emptio & uēditio species permutationis.

& .l.i. ff de. contrahen. emp.

Titulus de rer. permu a titulo pre scrip. uer: quomodo differat

Et de hac permutatione,tanquam de genere loquitur tit. de rer. per. ff. & C. & consequenter,& de eius speciebus,ut leges innu unt. Et licet aliqua ex illis quatuor dictis speciebus, aliquando forte appellaretur permutatio,non ob id permutatio est species, sed genus, plerunque enim species generis nomine appellatur, ut puta homo, dici potest animal,& contractus conuentio,quia con uentionis uerbum est generale.l.i.§.i.ff. de pact. Titulus uerò de præscriptis uerbis principaliter tractat,quæ nam actiones ex illis quatuor speciebus nascantur, ut patet ex legibus ibi scriptis, & ut facilè cognosci possit, quæ nam actio ex illis danda sit multa ibi exempla proponit.

XLII. Declaratio, an permutatio sit contractus nominatus.

QVærunt etiam Doctores, quamobrem permutatio non sit contractus nominatus,supponunt enim, permutationē esse contractum innominatum.

Pro solutione, præmitti oportet,illud dici innominatum, cu ius proprium nomen inuenire non possumus.l.i.de pręscrip.uer. Nominatum uerò esse, quod proprium habet nomen, l. i. ff. de pact.

Proprium quot mo dis dicitur

Proprium autem,quatuor dicitur modis, primò nanque propriū dicitur,quod soli alicui accidit speciei,& non omni, ut homini medicum esse. Secundò quod omni quidem accidit,sed non soli, quemadmodum homini esse bipedem, quando & auibus id accidit.

Tertiò,quod soli quidem,& omni, sed non semper, ut omni homini,& soli homini accidit ī senectute canescere,licet Aristo. & Plini. id etiam equis tribuāt.

Proprie proprium

Quartò,quod soli,& omni,& semper,quemadmodum ridere idque potestate magis, & aptitudine, quam actu uerum est, hoc quarto modo,nomen alicuius dicitur proprium, si quidem uni soli, & semper accidit,ut Cæsar,& Scipio, adiuncto tamen hoc pronomine hic,uel iste,uel ille,si quidem hic,uel ille Scipio,pro prium est nomen, detracto autem pronomine, erit commune pluribus.

Emergit igitur quæstio,an permutatio, sit contractus nomina-

tus huic dubitationi ad hunc modum respondetur. Permutatio ut genus, habet nomen, quod sibi uni, & semper, & nulli alij generi competit, habet itaq; proprium nomen, quarto modo sumptum. si proprium, ergo nominatum. l. iurisgentium. ff. de pact. Erit igitur permutatio contractus nominatus, si modo, ut genus capiatur.

Rursus, & alia nascitur quæstio, an scilicet quatuor illæ permutationis species, sint contractus nominati, an innominati: Respõdeas proculdubio esse innominatos, non enim habent nomen proprium quarto modo dictum, sed unaquæq; earum, habet nomen cum alijs commune, exempli causa, hæc conuentio, do, ut des, est communis cum emptione, & uenditione. l. naturalis. § 1. ff. de præscrip. uer. Hæc autem do, ut facias, & facio, ut des, est communis cum locatione, & conductione. d. l. naturalis. §. At cum do, cum. §. sequen. Illa autem facio, ut facias, est communis, cum mandato. d. l. naturalis. §. sed si, non habent igitur hi contractus nomen proprium, quod sibi soli competat, non sunt igitur nominati.

Do ut des: facio ut facias & alij sunt cõtractus innominati.

XLIII. Declaratio, diffinitionis iuris, & iustitiæ.

IVRI operam daturus, opere pretium est, ut sciat quid est ius omnis enĩ disceptatio, ut inquit Cicero, quæ ab aliqua re sumitur, à diffinitione proficisci debet, ut intelligatur, quid sit, id de quo disputatur.

Diffinitio iuris prout est ars.

Est igitur ius, ars boni, & æqui ex sententia Pauli in. l. i. ff. de iusti. & iur. ut hæc diffinitio planè intelligatur. Prius uidendũ est, quid sit bonum per se, quid æquum per se, quid bonum, & æquum simul.

Ad primum itaq; reuertor, bonum si largissimè sumatur, est id, quod omnia appetunt, idest ad quod omnia tendunt, intellige, bonum uerum, uel apparens, ei enim qui se suspendit, apparet id esse bonum. Aristo. in. i. Ethic. & ibi sanctus Thomas.

Appetibilia autem tria sunt, honestum, utile, & iocundum, & unum quod ꝓ eorum, dicitur bonum, quia est appetibile. viij. Ethic. Bonum hoc modo sumptum, in duas subdiuiditur partes, quoddam ẽ bonum per se expetẽdum, quoddam propter aliud ut in. i. Ethic. sed ne res, exemplis egeat, hæc sint exempla.

Appetibilia tria

Bonum per se

Sanitas est bonum per se, quia per se à quolibet expetitur, Medicina uerò amara, per se, non est expetibilis, sed propter aliud, idest ob sanitatem: Est itaq; medicina bonum quoddam propter aliud; Colere Deum est bonum per se, at obseruare dies festos, est bonū non per se, sed propter aliud, referuntur.n. ad cultū Dei.

Item bonum humanum, tanquam communius, & sic diuinius, ut finis, per se expetendum est, unde matrimonium, seu prolis procreatio, est bonum per se. Naturale enim desiderium est, alterum tale relinquendi, quale ipsum est.i. Polit. Fęminas esse dotatas, est bonum quoddam, propter aliud, ut facilius possint nubere, ad sobolem procreandam .l.i.ff. solu. ma. Fœminas igitur esse dotatas, est bonum quoddam publicum, propter aliud bonum publicum, scilicet ut sit procreatio prolis legitimæ, in re publica, & quia fœminas esse dotatas, aliquo modo est bonum publicum, ideo præfertur bono omnino priuato, ut not. in. d.l.i. ff. solu. mat. Hanc ob causam, mulier habens hypothecam tacitam pro dote, præfertur alijs habentibus tacitam etiam anteriorem .l.fi. C. qui pot. in pig. ha. Bar. appellat bonum principaliter id, quod est bonum per se, bonum uerò secundario, id quod est bonum ob aliud.

Feminas esse dotatas est bonum propter aliud

At Vsucapio est bonum quoddam propter aliud, est enim introducta, ut esset aliqua litium finis, & sic ob concordiam ciuium .l.fi.ff. pro suo.

Obseruare leges est bonum quoddam propter aliud

Item obseruare leges, est bonum quoddam propter aliud, ut scilicet ciues per leges bene fæliciterq; uiuāt. l.ij.ff. de iusti. & iur. & in .x. Ethic.

Item reperta est usucapio, ne rerum dominia in incerto essent. Insti. de usucap. §.i.

XLIIII. Declaratio, quamobrem usucapio dicitur bona, cum auferat rem alienā.

SED quæret hic quispiam, quo nam modo usucapio dicitur bonum, cum auferat rem ab aliquo, & usucapientem faciat locupletiorem, alterius quidem detrimento, id quod fieri non debet, l. nam hoc natura. ff. de cond. inde. Sed ei responderi potest, bonum esse, quępiam non priuari re sua, sed huiusmodi bonum priuatum appellant: At usucapio est bonū publicū, conseruat.n. concordiam inter ciues, d.l.i. de usucap. Bonum sane publicum

Vsucapio quare dicat bona

bono priuato maius, atq; diuinius est, quãobrẽ illi pferendum est. Aristo. i. Ethic. l. unica. §. fi. C. de cadu. tollen. Est igitur usucapio bonum quoddam commune, & melius, quám priuatum: & ob id præfertur bono priuato, bonum enim quo communius, eo melius, & diuinius. Aristo. i. Ethic.

Bonum publicum & sic cõmune ẽ melius priuato bono.

Ex supradictis itaq; patet, bonum esse aliquod, per se, aliquod propter aliud, idest ad conseruandum aliud, uel remouendum ab eo contrarium, Habes itaq; breuiter, quid sit bonum per se, nunc quid sit æquum per se, uidendum est.

XLV. Declaratio, quid sit æquũ per se.

Diuidatur itaq; æquum in tres partes, in æquum legale, naturale, & reale, quod est in cõmercijs. Aristo. v. Ethic.

Aequum legale, est omne id, quod legibus adæquatur, hoc est omne id, quod fit secundum leges. Omnia igitur, quæ sunt à lege determinata, æqua legalia appellari licet. v. Ethic.

Omnia a lege determinata sunt equa & iusta.

Aequum naturale, est omne id, quod ad æquatur naturæ rationali, seu legi naturæ, ut puta seruare uoluntatem alicuius disponentis de re sua, est æquum naturale. §. per traditionem. Insti. de rer. diui.

Aequum reale, quod est in commercijs, est medium inter plus, & minus, lucrum, & damnum ut in. v. Ethic. & . l. iure succursum. ff. de iur. dot. quo circa, si equum ualentem quinquaginta, uenderem tibi centum, esset iniquum, si quidem ego essem in lucro, tu uerò in damno: si uerò uenderem decem, esset eodẽ modo iniquũ, cum tu esses in lucro, & ego in damno, at si uenderem quinquaginta, hoc est quanti ualet, nec pluris, nec minoris, tũc esset æquũ, & huiusmodi æquum, est in commercijs.

Patet itaq; æquum in cõmercijs, esse mediũ inter plus, & minus inter lucrum, & dãnum. v. Ethic. & probatur in. d. l. iure succursũ Sed quia difficile est attingere hoc medium, ut in. ij. Ethic. Idcirco, qui parum ab hoc medio, idest à recto ipso, exorbitat, siue ad defectum, siue ad exuperationem se flectat, non est carpendus: qui uerò multum exorbitat à recto, uituperatur: non enim latet excessus, idest uitium, & hoc naturaliter fit, in omnibus uirtutibus.

Qui parum a recto exorbitat nõ ẽ carpendus.

Mediũ. n. in uirtutibus, est linea quædã recta. i. agere, qñ oportet, ubi oportet, p quibus oportet, & gratia cuius oportet, discedere ab hac linea, ẽ peccare, ut Cice. in Paradoxis suis ex stoicorũ.

ſententia ſcriptum reliquit: Et quia ut dictum eſt, attingere hanc lineam, eſt difficillimum, ideo ſi ab ea parum diſcedatur, id uitio minime uertitur: At ſi longè, quis ab ea diſcedat, meritò carpendus eſt. Vnicuique enim facile patet, huiuſmodi à linea recta diſceſſus.

Vera ratio quare a .l. cōceſſum ē uł cōtrahētes inuicē ſe decipiāt

Quamobrem licet à legibus naturaliter conceſſum ſit, in emendo, & uendendo, quod pluris ſit, minoris uendere, quod minoris ſit, pluris uendere, & ita inuicem ſe circum ſcribere, ut in .l. item ſi pretio. §. ſi ff. loca. tamen hoc intelligendum eſt, ſi ſine dolo ex propoſito id fiat: & ſi non multum à iuſto pretio diſcedatur. Nam ſi ultra dimidium iuſti pretij, eſſet deceptio, uel ſupplendū eſſet iuſtum pretium, uel cōtractus reſcinderetur. l. ij. C. de reſcin. uend. Pone igitur pretium anuli eſſe decem, & ut ſit iuſtum, debet eſſe medium, inter plus & minus. Plus itaque ſint decem & octo, minus ſint duo, iuſtum igitur pretium, erunt decem, quia eſt medium inter octo, & duo, eſt enim medium pro portione arithmetica, qui uendidit ergo decem, erit iuſtus & æquus, qui uendidit undecim, ſeu duodecim, uſque ad quindecim, ideſt uſque ad dimidium iuſti prætij, licet non ſit in mera linea recta, ideſt in iuſto prætio, tolerandus tamen eſt: cum non longè ab ipſo recto diſceſſerit: At ſi ſexdecim uenderet, uel pluris, quoniam quā longiſſimè à recto diſcederet, & ad extremum exuperationis: quod eſt uitium, accederet, huiuſmodi exceſſus cuique patens, à legibus non toleratur, & ſic è contrariò, & hæc fuit ratio .d. l. ij. quam alibi non inuenies.

L. ii. C. de reſcin uēd. noua ratio.

Habes itaque ex his, quid ſit æquum in cōmercijs, & hoc æquū, eſt ſpecies boni, ualet enim, eſt æquum, ergo bonum per ſe.

XLVI. Declaratio, an reperiatur æquū, quod non ſit bonum, & é contrario.

SED quia gloſ. in .l. i. de iuſti. & iur. dicit, quoddam eſſe bonum, & non æquum, ut. l. i. ff. de uſucap. quoddam eſſe æquū & non bonum, ut. C. de pact. con l. hac lege: Vt hæc intelligantur, non eſt ignorandum æquum diuidi in tres partes, ut ſupra diximus, in æquum ſcilicet legale, naturale, & reale in commercijs. Si quæratur, an uſucapio ſit bona, reſpondetur eſſe bonum quoddam, propter aliud, ut ſupra dictum eſt. Si iterum quæratur, an ſit æquum, reſpondetur, quod eſt æquum legale, quia æqua

tur legi. Non tamen est æquum reale, quod est inter damnum, & lucrum. Vsucapiens enim, est in lucro, dominus autem rei, est in damno, idcirco æquum reale, appellari non licet, est enim æquum reale cum neutra pars, nec in damno, nec in lucro remaneat, & in hoc æquo reali, procedit id, quod dicit glos. Vsucapio enim est bonum, sed non æquum scilicet reale, est tamen æquum legale.

Item si quæratur, an sit aliquod æquum, quod idem non sit bonum. Dicas nullum æquum quin sit bonum, uel propter se, uel propter aliud reperiri. Non obstat tex. allegatus à glos. Nam dicit ibi Imperator, quòd bonum esset, res mulieris gubernari à uiro. Intellige bonum, propter aliud, idest utile ipsis rebus: Quasi dicat, quod quemadmodum utile est, uxorem gubernari à uiro, ut in Oeconomicis Aristotelis habetur, cum ipsa mulier habeat inualidum deliberandi arbitrium, ut ait Aristo. i. Polit. Et secundum naturam, masculus est melior, quam fœmina, & maritus dominatur uxori, etiam secundum naturam. Aristo. i. Polit. Quamobrem uxorem gubernari à uiro, est bonum, & æquũ naturale.

Nullum æquum reperiri qui sit bonum saltē propter aliud

Maritus dominatur uxori secundum naturam:

Pari modo uidebatur dicendum bonum esse, res uxoris gubernari ab ipso marito, etiam ipsa prohibente, cum mulier (ut diximus) habeat inualidum deliberandi consilium, & ita non uidetur esse prudens, cum prudentia consistat in recto deliberandi iudicio vi. Ethic. Si itaq; non est prudens, non potest rectè rebus suis ꝓuidere. Cum prudentis sit, bene consultare, circa ea quæ, sunt bona, uel mala sibi, quod à muliere hoc fieri nequit. Est itaq; bonũ idest utile, etiam ea prohibente, res à marito gubernari. Dicit tamen Imperator, ex eo quod legum latores, sunt æquitatis fautores uolumus maritum nullo modo se immisceri rebus uxoris, ea prohibente, esset enim contra æquitatem, quæ est in commercijs, Aequitas enim in cõmercijs, est medium inter lucrum, & damnũ, quamobrem quando una pars est in damno, tunc non est æquum: sed mulier, si ea prohibente, maritus posset eius res administrare, esset in damno, ergo &c.

Prudentia quid

Quod autem esset in damno, probatur, dicitur enim quis esse in damno, quando aliquid fit in re sua eo inuito, etiam si res fieret melior. l. fi. ff. de usu. & habi. Et sic est iniquum, quod hoc modo se immisceat. A contrario igitur sensu, si maritus dictis rebus non immisceat, erit æquum: intellige æquum reale, si hoc modo æquum, ergo bonum, nam si æquum est medium, inter duo extrema, idest inter plus & minus, & duo extrema sunt mala, q̃a sunt

uitia, sequitur necessario, id quod est medium, inter duo extrema, idest ipsum æquum, esse bonum, cum sit iustum, quod nullo modo potest esse malum, & hoc æquum, quod est etiam bonum per se, cum sit iustum, præfertur illi bono utili, in rebus uxoris, quod bonum non est æquum, ratio, quia illa utilitas rerum, dicitur esse quodam modo damnum ipsi mulieri, ut .d. l. si. ff. de usu, & habi.

Et ex his apparet, nullum esse æquum, quin sit bonum, sed bene reperitur bonum reale utile, quod non potest dici æquum, ut in .d.l. hac lege. Vidimus igitur, quid sit bonum per se, & quid æquum per se, superest ut uideamus quid sit bonum, & æquum simul.

XLVII. Declaratio boni, & æqui simul.

EST sciendum, quod iustum, aliud est naturale, aliud legitimum, de naturali supra dictum est. Legitimum autem est, quod à lege est determinatum, bonum ergo & æquum iusto naturali continetur, & est melius, præstabiliusque iusto, seu bono legitimo. Quamobrem bonum, & æquum, nihil aliud est, nisi emendatio legitimi, seu legalis iusti, in ea parte, qua deficit: Cum igitur, lex omnis sit uniuersalis, fieri non potest, ut de quibusdam in uniuersalibus, rectè dicatur, uniuarsali enim sermone, nō possunt omnes articuli comprehendi. l. non possunt. ff. de legi.

Bonum & equum

Bonum & èquum quid sit.

In quibus igitur lex in uniuersum loquitur, in his id accipit, quod plerunque fieri solet, non ignorans in aliquibus esse peccatum .l. nam ad ea, eo. tit. de legi. & licet in aliquo casu, lex peccet, est tamen recta: peccatum enim, non est in lege, nec in legis latore, sed in ipsa rei natura. Materia enim actionum, operationumque hominum, est adeò uaria, ut sub una lege uniuersali, non possint omnes casus comprehendi, sufficit, ut hi cōprehendantur, qui frequentiores sunt. d.l. nam ad ea.

Cum igitur lex in uniuersum loquatur, si quis casus euenerit, in ea non comprehensus, tunc rectè se se habet, ut ea ex parte, qua legis lator omisit, & peccauit, uniuersaliter loquutus, emendet defectus, quod & ipse legis lator, si adesset, utique faceret, & si à primo præsciuisset, hunc casum in lege inclusisset, licet non ignorauerit, se peccasse condendo legem uniuersalem, tamen ignorabat, qui casus euenire posset, qui in lege non comprehenderetur.

Exemplum

Exemplum, in ciuitate aliqua, si statutum fuisset, ne Peregrini ascenderent muros ciuitatis, ea ratione, ne possint dominium ciuitatis usurpare. Ecce lex uniuersalis, euenit casus, quo peregrini ascendentes muros ciuitatis, defenderunt eam ab hostibus, illam inuadentibus, accusantur rei capitis, ex lege quidē puniendi erant sed indignum erat, eos puniri, esset enim contra ius naturale, ut benefacientes, pęna afficiantur, cum benefacienti, beneficium tribuendum sit, l. sed si lege. 6. consuluit. ff de peti. hæred. in hoc igitur casu, prouidet bonum, & æquum, emendatq; legem uniuersalem, in eo casu, quo peccauit. Est itaq; natura ipsius boni, & æqui, emendatio legis, ex ea parte, qua deficit, ob uniuersalem sermonē, cum non possint omnia lege comprehendi, huiusmodi autem bono, & æquo, prætor ubiq; usus est, in emendando, adiuuando, corrigendoq; ius ciuile, ob publicam utilitatem, ut in. l. ius autem. de iusti. & iur. Et de hoc loquitur tex. in. l. si me & Titium. ff. si cert. pet. Et ita intelliguntur omnes leges, in quibus fit mētio boni & æqui coniunctim, hæc omnia colliguntur in. v. Ethic. unde iureconsulti mutuati sunt.

Exēplum

Bonum & equum est emendatio legis ciuilis.

XLVIII. Declaratio quare ius appellatur ars.

SED iam deueniendum est ad alia, & quia dictum est, quod ius est ars, uidendum est, quid sit ars, ars est habitus faciendi, uera cum ratione, ut in. v. Ethic. habetur. Et est sciendum, in omni re, esse nimium, & parum, & medium, seu mediocritatem, medium autem appellatur, quod est inter exuperationem, & defectum, seu inter nimium, & parum; ad hoc igitur medium artifices respicientes, & ad illud opera sua redigentes, illa bona efficiūt unde dici solet, in his operibus, quæ bene se se habent, nec demi quicquam, nec addi posse, Nam si sutor faceret calceos nimis longos, aut curtos, non esset eius opus bonum: si uerò teneret mediū inter nimium, & parum, calcei pedibus quadrarent, & ita opus esset bonum. Hanc ob causam dici solet, quod nimium, & parum corrumpunt bonum, mediocritas autem conseruat ipsum. Et hinc est, quod dicitur, artem esse habitum faciendi, uera cum ratione: uera enim ratio uersatur in inueniendo medio, in quo bonitas operis consistit. hæc ex Aristo. in. ij. Ethic. Et quia ars est habitus faciendi, facere enim dicitur quis, cum eius operatio tran-

Exēplum

Nimium & parum cōrumpunt bonum

M

fit in materiam exteriorem, quamobrem artifex eget materia, in qua faciat bonum opus suum, ut puta sutor eget pellibus, faber lignarius, tabulis & lignis. Cum igitur ius sit ars, sequitur, ut sit habitus faciendi, uera cum ratione, sed non est habitus faciendi calceos neque uestes, erit itaque habitus faciendi bonum & æquum seu diuisim seu coniunctim, eget etiam materia, in qua faciat id opus, materia autem non erunt pelles, aut ligna, sed ipsi homines, uoluntas enim legum latoris est, facere bonos ciues, ut inquit Aristo. in .vi. Ethic. & Iureconsf. in .l.i.ff. de iusti. & iur. bonos enim inquit, nõ solum metu pænarum, uerum præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes.

Materia artis iuris sunt homines.

Sunt itaque materia iuris, homines ipsi, uerum quia homo, diuiditur in duas partes, in exteriorem hominem, quod est ipsum corpus, & interiorem, quod est mens ipsa, mens enim, ut inquit philosophus in .x. Ethic. maxime est homo: hunc igitur interiorem hominẽ, legum latores cupiunt bonum efficere: hinc colligi potest, facultatem ciuilem, multò esse præstabiliorem ipsa medicina, cum medicina quærat bonum corporis, & hominis exterioris, facultas autem ciuilis, bonum mentis, & quanto mens est nobilior corpore (est enim quoddam diuinum ad ipsum hominẽ ut in .x. Ethic.) tanto facultas ciuilis, est præstabilior, atque diuinior ipsa medicina: quin hæc facultas, uidetur cæteris aliis scientiis dominari, hæc enim quas scientias in ciuitatibus esse, & quales quemque discere, & quousque oporteat instituere solet. Præterea artem oratoriam, & rei militaris facultatem, quæ solent summis affici honoribus, huic facultati ciuili subesse uidemus. & Aristo. in .i. Ethic. ait, facultatem ciuilem, esse honorabiliorem, & præstabiliorem medicina.

Homo exterior & interior.

Sed iam reuocanda est oratio, ad rem ipsam, & uidendum est, quo nam pacto, ius faciat bonos homines, sciendum est, quemadmodum sagittarii proponunt sibi signum, ad quod dirigant sagittas, ut ex illo cognoscatur, quis eorum sit melior sagittarius, ille enim habetur melior, qui magis proximè ad signum accedit.

Exẽplum

Ita, & in uita humana, oportet constituere signum aliquod, seu finem, ad quem homines suas dirigant actiones, hic autem finis, erit bonum humanum, ut in .i. Ethic. & hoc bonum, consistit in medio, medium enim optimum est, & laudatur, & in omni re, tenendum est, not. Bar. in Aut. ut Iudi. si. quo. suff. §. scriptum. & est tex. in .l. si bene. ff. de usu. Sed notandum est, quod aliud est medium in re diuisibili, aliud in actionibus humanis, medium, n.

Medium duplex.

in re, est id, quod ab utroque extremo æquè distat, secundum philoso. in. ij. Ethic. sed secundum Bar. in. l. ij. de fur. res diuidenda est, in duodecim partes, exempli gratia. Platea diuidatur, in duodecim partes, prima pars, erit principium, duodecima erit finis, totum reliquum, est medium. Sed hoc uidetur aduersari Aristo. dum ait, quod medium est, quod æquè ab utroque extremo distat.

Medium secundum Bar.

Et ideo dicas, in fundo, seu qualibet alia re diuisibili, reperiri duo extrema, tanquam duo puncta, aliud punctum ponatur inter utrumque extremum, ita ut æquè ab utroque distet. medium ergo rei, erit illud medium punctum, iterum pars illa, quæ est inter medium punctum, & extremum, in duas diuidatur partes, & illa pars, quæ est proxima puncto medio, attribuatur medio, altera uerò pars, quæ est proxima extremo, tribuenda est extremo puncto, quicquid igitur fit in parte, puncto medio proxima dicatur in medio rei fieri, quod uerò fit in parte punctis extremis uicina, id in principio, seu in fine rei effici dicendum est, & per hanc nostrã diuisionem, tu poteris recte intelligere, quid dicatur medium in officijs, alijsque rebus, & hæc de medio rei.

Medium & extremum rei, quomodo intelligantur.

Medium autem in actionibus humanis, id dicitur esse, quod est inter nimium, & parum interque exuperationem, & defectum, ut in. v. Ethic. Nimium uerò, & parum, seu exuperatio, & defectus uitio ascribuntur.

Medium in actionibus humanis quid.

Hanc ob causam qui in his extremis uersatur, reprehenditur, diciturque uitiosus, medium certè ipsum, seu mediocritas ipsa, uirtuti, ascribitur, & qui in hoc medio uersatur, uerè laudatur, dicetur itaque studiosus, seu uirtute præditus. Hinc illud, medium tenuere beati & illud ignorant stolidi, quàm sit dimidium plus toto. Dimidiũ plus toto est ipsa uirtus, plus. n. est dimidiũ per se, quam totum: in toto enim, comprehenduntur duo extrema, quæ sunt uitiosa, mediũ autem ipsum totum, erit rectum, atque studiosum, habes ergo declaratum, illud Gellij Enigma, dimidium plus toto.

Gellii enigma

Erit itaque diffinitio uirtutis huiusmodi,

Virtus est habitus electiuus, in mediocritate consistens, ea quæ est ad nos, diffinita ratione, ut diffinierit ipse prudens. Virtus igitur consistit non in medio rei, sed in medio actionum, quod medium solus prudens recta cum ratione inuenire potest, quo circa legum lator cupiens ciues ad hoc medium adducere, & ita eos bonos efficere. l. i. ff. de iusti. & iur. debet habere iuris prudentiam. Prudẽtia uerò, est habitus agendi, uera cum ratione, circa ea, quæ sunt homini bona, atque mala, & propriè prudentis est, bene consultare,

Virtus in quo cõsistit

consultare enim, est aliquod quærere, ut in .vi. Ethic. & postquã consultauerit, atque inuenerit, iudicare, deinde perficere: Consultatio autem, non est de finibus, sed de his, quæ ad finem ipsum perducunt.

Item consultatio non est de præteritis, neque de præsentibus, sed de futuris, & de his futuris, quæ possint aliter se habere possuntque à consultante fieri, & ob id nemo consultat, ut cras oriatur sol, quia licet sit futurum, necessariò tamen futurum est.

Cõsultatio in quibus uersatur

Consultat itaque prudens de rebus futuris, quæ incertæ sunt, quonam modo eueniant, proposito igitur aliquo fine appetibili, consultat prudens, quemadmodum & per quæ media, possit illum attingere. Consultare enim nil aliud est, quám media inquirere: postquam autem inuenerit media, succedit sagacitas, hoc est iudicium, de consiliatis, post iudicium, succedit electio, per quam eligimus, & appetimus id, quod iudicium asserit esse bonum, electio enim est, appetitio desideratiua earum, quæ nostra sunt in potestate, & hinc habemus titulum illum de iur. delibe. hæres enim consultat, an sit adeunda hæreditas, & qui bene consultat, recte deliberat, Aristo. in .vi. Ethic. bona consultatio est, qua quis attingit finem, ut oportet, & cum oportet, secundum ipsam rationem conducentis, idest utilitatis, quod autem cæteris ex consultatione prætulimus, id eligimus. iij. Ethic. Facta itaque electione, succedit Prudentia, quæ præcipit fieri id, quod est electum, actio autem id preficit, hoc enim ordine procedit prudens, ut habetur in. vi. & iij. Ethic. & per Bar. in tract. testimo.

Voluntas pater ponit finem.

Titulus de iure delib.

Prudẽsquis dicatur

Adde quòd non potest dici prudens, nisi is, qui longo usu, habet rerum notitiam, hoc est quod dicit iureconf. in .l. iustitia .ff. de iusti. & iur.

XII. Declaratio, iuris prudentiæ.

Declaratio iuris prudentie.

IVRIS prudentia inquit, est diuinarum atque humanarum rerum notitia: Prudens enim dicitur, habere notitiam rerum humanarum, & diuinarum, cum sit in uita actius, & dicitur esse in his expertus, cum de eis sit consultaturus, & iudicaturus: Quisque enim bene iudicat ea, quæ cogno-

ſcit. i. Ethic.

Hic itaq; Iuris prudens, præponit finem rei publicæ ſuæ, qui finis eſt bonum humanum, ut in. i. Ethic. & concordia inter ciues: Concordia enim continet, & conſeruat ciuitates: Et legum latores circa concordiam, maxime ſtudent, hanc eſſe inter ciues ſummopere affectant ſeditionem uerò, ut inimicitiam, maximè expellunt. Si enim ciues eſſent concordes, & amici, non eſſet opus, aliqua iuſtitia, hæc ex. viij. Ethic. unde Saluſtius. Concordia minimæ res creſcunt, diſcordia maximæ dilabuntur. Et ob hanc concordiam conſeruandam, tanquam bonum commune, inter alia, legum latores introduxerunt uſucapionem, ut .l. i. ff. de uſucap. & ſupradictum eſt.

Finis rei pub. eſt bonum humanum

Adde quod prudentia eſt duplex. Vna, qui eſt habitus, quo quis eſt aptus conſultare circa ea, quæ ſibi ipſi ſunt bona, ac proſunt, altera eſt ciuilis, qua quis eſt idoneus, ad conſultandum circa ea, quæ ſunt bona toti ciuitati, eiq; proſunt. Is enim uult facere bonos ciues, ac eos dirigere ad conſequendum bonum, quod eſt commune, uultq; toti prodeſſe ciuitati, uerum qui alios eruditurus eſt, debet eius rei notitiam habere. Quiſq; enim in unaquaq; re, bene iudicat, qui in illa eſt eruditus .i. Ethic.

Prudentia duplex

Cum igitur Iuris prudens, ſit daturus præcepta, quibus inſtruat ciues, quo nam modo ſe ſe in rebus, ac commercijs humanis habituri ſint, neceſſariò oportet eum habere rerum humanarum notitiam: & quia ad communem bonum ciuitatis, inter alia requiritur, ut in ea ſit religio erga Deos, ut igitur Iuris prudẽs poſſit oſtendere ciuibus, quo ritu poſſint colere Deos, neceſſe eſt, ut habeat rerum diuinarum notitiam, debet etiam Iuris prudens, ſeparare æquum ab iniquo, licitum ab illicito, ut in .l. 1. ff. de iuſti. & iur. Et propterea debet habere iuſti, atq; iniuſti ſcientiam: hoc eſt quod dicit Iuriſconſ. in .l. iuſtitia .ff. de iuſti. & iur. Iuris prudentia inquit, eſt diuinarum, ac humanarum rerum notitia, iuſti ac iniuſti ſcientia: & accipias illam dictionem iuris, paſſiue, non actiue, quamobrem, ut legum lator dirigat ciues ſuos, ad hoc bonum, neceſſe eſt, ut efficiat eos bonos, mali enim non poſſunt bonum finem attingere.

Declaratio quare iuris prudẽtia ẽ ſcientiã diuinarum & humanarum rerum

L. Declaratio, trium iuris præceptorum.

PRopoſuit itaq; tria præcepta, quibus ſeruatis, ciues efficiun tur boni, pręcepta autem ſunt hæc honeſtè uiuere, alterum non lædere, & ius ſuum unicuiq; tribuere. l. iuſtitia. ff. de iuſti. & iur.

Quare tria precepta iuris nec plura nec pauciora.

Sed hic quæritur, quamobrem tria præcepta, nec plura, nec pauciora propoſita ſint, ciuibus obſeruanda? Reſpondetur, quod cum legum lator, quærat facere bonos ciues, id quod ſolum uirtutibus moralibus fieri poteſt, quæ aut ſunt in appetitu ſenſitiuo, aut in uoluntate. Appetitus autem ſenſitiui, duæ ſunt partes, concupiſcibilis ſcilicet, & iraſcibilis, Concupiſcibilis, eſt uis imperãs motum, ut appropinquetur ad ea, quæ ſunt neceſſaria, & utilia, & hoc appetitu delectandi. Iraſcibilis eſt uis imperans motum, ad repellendum id, quod eſt noxium, & deſtructiuum, & hoc appetitu uincendi & ulciſcendi.

Quæ ſunt in concupiſcibili appetitu

In concupiſcibili, ſunt omnes affectus, ſeu uoluptates, quæ aliquo ex quinq; ſenſibus, percipi poſſunt, ut puta uoluptas, quæ capitur uiſu, auditu tactu uenereo, guſtuq; ciborum.

In iraſcibili ſunt alij affectus, qui non percipiuntur, aliquo ex quinq; ſenſibus, ut odium timor, inimicitia, & huiuſmodi.

In uoluntate, ſunt operationes, ſeu actus humani; qui tractantur inter homines, ut igitur ciues bene ſe habeant, circa affectum concupiſcentiæ, debet obſeruare primum præceptum, quod eſt honeſtè uiuere, quod præcipue pertinet, ad temperantiam.

Sed poſſet quiſpiam dicere, hæc præcepta ſunt ſuperflua. Sufficiebat enim unum, hoc eſt honeſtè uiuere: honeſtũ enim eſt fons, & origo omnium uirtutum, ut Cic. ait in. i. officiorum. Et qui alterum, nõ lædit, honeſtè uiuit, & qui ius ſuum unicuiq; tribuit, etiam honeſtè uiuit, & ſic primum ſufficiebat.

Honeſtum quid

Sed reſponde, ſecundum s. Tho. in. ij. q 145. quod honeſtum, dicitur quaſi honoris ſtatus, & omne id, quod eſt dignum honore dicitur honeſtum, & id dicitur honeſtum, quod per ſe appetitur, & eſt idem q uoddecorum, & pulchrum.

Pulchritudo eſt duplex, alia corporalis, alia ſpiritualis actionis. Pulchritudo corporis, in hoc conſiſtit, quód homo habeat membra corporis, bene proportionata, cum quadam debiti coloris claritate.

Pulchritudo autem spiritualis, in hoc uim habet, ut operatio hominis, seu actio, sit bene proportionata, secundum spiritualem rationis claritatem, hoc est secundum rectam rationem, & hoc pertinet ad honestum, Erit itaq; honestum, & pulchritudo spiritualis, idem. Pulchritudo spiritualis.

Pulchritudo autem opponitur turpi, illud ergo, quod reijcit ab homine, id quod est turpissimum, uti sunt nimiæ uoluptates uenereæ, quæ sunt homini, cum belluis communes, propriè dicitur honestum, pulchrumq; hominis, uoluptates autem uenereas, sola temperantia reijcit, hanc ob causam, dum legum lator, admonet honestè uiuere, accipit honestum in specie, & non in genere, & perinde est, ac si dixisset, temperatè uiuere.

Item ut ciues rectè se habeant, circa secundum præceptum, debent obseruare fortitudinem, seu mansuetudinem, quæ circa iram moderandam, uersatur. Mansuetudo seu fortitudo in secundo precepto

Item, ut homines habeant rectam uoluntatem, debent bene sese habere, circa iustitiam, quæ est, ut diximus in uoluntate. v. Ethic. Est enim iustitia, secundum Philo. Habitus, quo homines agunt iusta, & uolunt iusta, quod autem sit in uoluntate, patet ex eius diffinitione, cum sit constans, & perpetua uoluntas, ut Insti. de iusti. & iur. in prin. Ex his igitur tribus præceptis, omne ius, omnesq; leges pendent.

Et quoniam primum præceptum, consistit in temperantia, uidendum est quid sit temperantia, & quo modo homines fiunt tēperantes. Temperantia sanè est uirtus, quæ uersatur circa uoluptates: Sed uoluptates, aliæ corporis, aliæ animæ, animæ uoluptates, sunt honores, & quæ contemplando percipiuntur: in his animæ uoluptatibus, temperantia, non uersatur, nec in uoluptatibus quæ ex fabulis audiendis, alijsq; narrationibus, seu uerbis proficiscuntur. Ex tribus preceptis iuris pendent leges.

Versatur itaq; temperantia, circa corporis uoluptates, non tamen circa omnes, qui enim gaudent rebus, quæ uisu percipiuntur, ut coloribus, figuris pictura, nec temperantes nec intemperantes dicuntur, nec etiam temperantia, est in rebus, quæ auditu, uel olfactu sentiuntur: uersatur itaq; temperantia, & intemperantia, circa uoluptates, quæ tactu percipiuntur, idest circa uenereas uoluptates, quæ seruiles, atq; ferinæ uidentur. Hæ igitur uoluptates, maximè impellunt homines ad delinquendum, ex his, inter homines discordiæ, rixæ, conuitiaq; nascuntur, uidelicet, quando capiuntur, ubi nō oportet, cum quibus non oportet, & gratia cuius Temperantia in quibus uersetur?

non oportet. Nam & in uoluptatibus, ſicut & in aliis, eſt exuperatio, defectus & medium. Hæc enim colliges ex .iij. Ethic. Quamobrem legumlatores conati ſunt homines ab hac exuperatione, metu pœnæ remouere plerunque enim multitudo neceſſitati & pœnis, potiuſquam rationi paret, ut. x. Ethic. Hinc conditæ ſunt leges de adulteriis, ſtupris, de raptu, inceſtu ſacrilegiiſque coercendis ut in tit. de adul. de rap. uirg.

Leges pendentes ex primo preceptis.

Sed quoniam, uti uenereis uoluptatibus, ut recta ratio dictat, ideſt ubi oportet, & cum quibus oportet, hoc eſt cum uxore, & gratia cuius oportet, hoc eſt prolis procreandæ gratia, eſt utile & reipub. intereſt: Et ut homines, in hoc medio contineantur, ſcriptæ ſunt leges, á legumlatoribus, de rit. nup. de ſpon. de iur. dot. de dona. inter uir. & ux. de pac. dot. &c. Et licet defectus, ſit uitium, tamen quia ferè nemo eſt, ſeu pauci admodum ſunt, qui in huiuſmodi uoluptatibus deficiant, idcirco de hoc uitio, nullæ ſunt conditæ leges, leges enim ad ea, quæ frequenter accidunt aptari debent .l. nam ad ea. ff. de legi. Omnes itaque prædictæ leges, ex primo præcepto, hoc eſt honeſté uiuere dictæ ſunt.

Secundum iuris precæptum:

Succedit deinceps, ſecundum præceptum, quod eſt alterum non lædere. quo homines redduntur boni, circa affectus, qui in iraſcibili exiſtunt & præcipué circa iram, & circa timores, & fiducias, in quibus etiam, eſt exuperatio, & defectus, ac mediocritas. is nam qui in non timendo exuperat, uacat nomine, ſed dici poteſt inſanus, qui ueró in audendo excedit, audax appellandus eſt. uero ró, qui timendo exuperat, & deficit in confidendo, timidus appellatur. At qui timet, uel audet, ubi oportet, & quando oportet, & gratia cuius oportet, hoc eſt honeſtatis, is proprié dicitur fortis, fortis enim, quæ timenda ſunt, timet ubi autem eſt honeſtum ſubit pericula, quia turpé eſt non ſubire.

Vir fortis in quibus uerſetur

Verſatur itaque uir fortis, circa terribilia, & quia mors eſt omnium terribilius, eſt enim ultimum uitæ, circa hanc igitur, uir fortis bene ſe ſe habet, non tamen circa eam mortem, quæ fit in mari, aut in morbis, ſed circa eam, quæ eſt pulcherrima, talis autẽ ea eſt, quæ fit in bello, hæc ex. iij. Ethic.

Leges pendentes ex ſecundo precepto

Fortitudo itaque maximé pertinet, ad milites, præcipit igitur legum lator, ut milites rei publicæ, bene ſe ſe habeant, circa timores, & fiducias, ne deſerant locum in acie, ne fugiant, aut arma abiiciant, læderent enim rem publicam, ſi huiuſmodi turpia facerent. Et ex hoc præcepto, emanarunt leges omnes de re mil. ff.

Eſt

Est etiam in ira exuperatio,& defectus,& mediocritas. Exuperatio iracundiæ, dici potest, in qua uersatur is, qui irascitur, quando non oportet,& ut non oportet,& gratia cuius nõ oportet. Hinc plerunque nascuntur iniuriæ,& contumeliæ. Hoc animaduertens legumlator,ut ciues ab hoc uitio arceret condidit leges de iniurijs, & famosis libellis, legis Aquiliæ,& leges, quæ sunt sub tit.ad.l.cor.de sica.de parri.de ui pub.de ui pri.un.ui.quod met cau.& de pæn.

Iracundus quis:

Mediocritas autem circa iram,est uirtus,nam qui irascitur, ut recta ratio dictat,pro quibus oportet,& quibus oportet cũ oportet,quanto oportet in tempore,& gratia honestatis, is mansuetus appellatur. Hinc leges permittunt dominis,parentibus, & magistris, castigare seruos, filios, ac discipulos, ut de patr. pot. de emen. ser. de emen. propin.C.

Mansuetus quis.

Permiserunt etiam,ut quis posset alterum ob defensionem suã, rerumque suarum moderatè offendere.l. ut uim ff.de iusti.& iur. in.l. scientia ad .l.aquil.l.i.C. un.ui. Defectus uerò uocatur iræ uacuitas,est etiam uitium,qui enim non irascitur, ut oportet, & cum quibus oportet, fatuus est:nam neque sentire,neque dolere uidetur,& qui non irascitur,non est aptus ad ulciscendum: ut igitur legumlator homines ab hoc uitio remoueret constitutæ sunt leges quæ sunt positæ sub tit. ad sillen.ff.hæc habentur .iiij.Ethic.

Fatuus quis

Iam de ultimo præcepto disserendum est, quod est ius suum unicuique tribuere. Hoc enim præcepto,homines efficiuntur boni,circa operationes humanas,quæ sunt inter homines, in quo p̃cepto continetur iustitia,quæ est constans, & perpetua uoluntas, ius suum unicuique tribuens. Insti. de iusti. & iur. ut diffinitio hæc planè intelligatur,singula eius uerba consideranda sunt. Est igitur sciendum, quamlibet uirtutem in ea potentia animæ, esse ponendam,cuius actus á uirtute ipsa rectus efficitur. Temperantia enim,collocatur in cõcupiscibili appetitu,eo quòd eius actus rectos facit circa delectationes,& tristitias. Fortitudo in appetitu irascibili,sita est.iccirco actus huiusmodi potentiæ, rectos circa timores,& audacias reddit & de his abundè superius in.i. præcepto dictum est.

Tertium iuris preceptum

Declaratio diffinitionis iustitie

At iustitia est in appetitu intellectiuo,idest in uoluntate. Iustitia enim tam legalis,quam particularis,est ad alterum: & non ad se ipsum: Et ob id appellari solet bonum alienum,ut in.v. Ethic. Hæc enim ęqualitatem in cõmercijs humanis conseruat. Est etiam sciendum,eum qui non spontè, neç libera uoluntate,

Iustitia ubi

agit iusta, siue iniusta, nec iustum, nec iniustum, dicendum esse: Nam si quispiam depositum inuitus reddat, licet faciat id, quod re ipsa iustum est, ipse tamen non potest iustus appellari, cum nõ sponte id egerit, per accidens tamen iustus dicetur, ut in .v. Ethic. Et Cicero .i. offi. ait, hoc ipsum ita iustum est, quod recte fit, si est uoluntarium.

Ex his apparet, iustitiam esse, rectum habitum uoluntatis, seu actum uoluntarium, hanc ob causam Imperator dixit, iustitiam esse uoluntatem, idest habitum uoluntatis, seu uoluntarium actũ, Hinc Philo. in .v. Ethic. ait, iustitiam esse habitum, quo homines acti sunt, ad res iustas agendas, & quo agunt, & uolunt iusta.

LI. Declaratio, uerborum illorum constans & perpetua uoluntas.

ILLA uerba in diffinitione, constans, & perpetua uoluntas, secundũ glos. in. d l. iustitia essent reiicienda, cũ homini con-uenire, minime possint, scriptum est enim, septies in die iustum cadere, & sic non potest esse cõstans uoluntas, nec etiam perpetua, secundum glos. cum nihil sit ita stabile, quin patiatur mutationẽ, ut inquit ipsa, sed hæc glos. interpretatio recipienda non est, re-prehendit enim Iureconsul. ac Imperatorem superfluitatis.

Vt igitur huiusmodi uerba intelligantur, est sciendum, ad hoc ut aliquis dicatur studiosus, requiri, ut sciens, & eligens, & eligẽs propter ipsum, & firmo animo, ac immutabili, agat, ĳ Ethic. sci-ens inquam, dixit sciens, nam si quispiam redderet depositũ igno-rans, non esset profectò iustus, dixit eligens, scilicet ut sponté, id faciat. Si enim inuitus redderet depositum, non esset iustus. Item dum dicitur, eligens propter ipsum, ostenditur quod quis de-bet agere iustum, eó quia est iustum, & non ob aliam rem. Nam si quispiam redderet depositum, propter lucrum, uel propter ina-nem gloriam, non esset iustus ut in .v. Ethic. Et dum dicit, firmo animo, significatur habitus ipsius uirtutis, & est perinde ac, si di-ceret, quod studiosus non debet ab operatione uirtutis, nec à perturbatione animi sui, nec ab aliquo exteriori impedimento remoueri.

Et ex his intelliguntur uerba diffinitionis, nam dum inquit, est perpetua uoluntas, uult ostendere hominem iustum, habiturum firmum animum, & perpetuum. Perpetuum inquam, idest dum

uiuit, ita enim hæc appellatio perpetuum apud Iureconsultos capi solet .l.ij.ff. pro socio. perpetuum inquam animum agendi, operandiq; res iustas. Non enim sufficit, quod in eo sit huiusmodi uoluntas uno die, nam sicut una hirundo non facit uer. sic una operatio iusti, non facit hominem iustum, debet etiam perseuerare in ea uoluntate, & ideo in diffinitione, dicitur constans, constans enim appellatur uoluntas, quæ resistit perturbationibus, & alijs exterioribus impedimentis: ne à suo recto proposito dimoueatur.

Quare in diffinitione dicitus perpetua

Cōstans in diffinitiōe quomodo intelligat

Et ex his apparet, illa uerba constans, & perpetua uoluntas, nō esse reiicinda, ut dicebat glos. Nec obstet, quod septies in die cadat iustus, non enim habens habitum iustitiæ, cadit ab ipso habitu. Cum non sit facilè mobilis, uerum quia non semper occurrit operari iusta, poterit interim cadere in aliquod fortasse uenialis peccati, quod per se non est mortale, secundum Theologos, nec moralibus uirtutibus aduersatur. Non tamen ob id iustus dimouetur à suo proposito, operandi iusta perpetuò, dum occurrerit, perpetuò idest dum uiuet. Non obstat dum dicit glos. nihil esse stabile in uita, uoluntas enim quæ est æterna, potest esse stabilis, & firma in eodem habitu, & proposito, cū sit libera, nec ulla ui possit cogi, & est immortalis, & sic perpetua: ille enim habitus etiam post mortem durat. Expone igitur perpetua dum uiuit.

Voluntas eterna.

Intelligatur itaq; diffinitio de iustitia humana, non autem de diuina, ut glos. & alij tenent.

Diffinitio iustitie est de humana

L I I. Declaratio illorum uerborum ius suum unicuiq; tribuens quomodo intelligantur.

SVperest, ut declaremus uerba illa. Ius suum unicuiq; tribuēs. Pro quorum intelligentia, sciendum est, Iustitiam esse duplicem, una est, quæ ciuilis, seu legalis appellatur, quæ non est aliqua uirtus particularis, sed est tota uirtus. Lex enim cupiens efficere bonos ciues, uult eos per omnem uirtutem, dirigere ad finem facultatis ciuilis, hoc est ad bonum ciuitatis, quod est bonum humanum, seu commune, ut in. i. Ethic. Vt igitur conseruetur utilitas ciuitatis, lex præcipit ea agere, quæ ad uirum pertinent fortē ut non deserere locum in acie, non fugere, non abiicere arma, ut in tot. tit. de re mil. ff.

Iustitia duplex

Item ea, quæ sunt temperantiæ, ut non committere adulterium

nec uti libidine sine recta ratione, ut patet in tit. de adul. & de rap. uirg.

Præcipit etiam ea, quæ sunt mansueti, ut non pulsare, non conuitia dicere, ut in tit. de. iniur. & ad .l. cor. de sica. Et idem in cæteris uirtutibus, atque uitijs, alia iubens, alia uetans, ut efficiat bonos ciues.

Iustitia legalis oēs cōtinet uirtutes

Ex his patet, iustitiam legalem complecti omnem uirtutem. Vnde prouerbio dici consuetū est, iustitia in sese uirtutes continet omnes. Iustitia scilicet, legalis, qui ergò facit ea, quæ legalis hæc iustitia præcipit, iustus dicitur. Omnia enim quæ sunt à lege diffinita, dicuntur legitima, & iusta. Hinc Iureconf. in .l. .iij. §. de illo. ff. pro socio, inquit, iustam hæreditatem eam esse, quæ ab intestato prouenit, quæ etiam legitima dicitur. Propterea quod determinatum est à lege, ad quem ea deferenda sit ab intestato.

Oĩa à lege diffinita sunt iusta

Hæreditas iusta que ab intestato defertur

Hæreditas igitur, quæ ab intestato defertur, propriè appellatur legitima, & iusta, ex eo quia immediatè defertur à lege: & de hac loquitur .§. de illo. Quæ uerò ex testamento defertur, potest etiam dici legitima, confirmatione. lex enim eam confirmat .l. lege obuenire .ff. de uerb. sig. Sed quia, uerba contrahentium, debent intelligi de actu immediato, priusquam de mediato. ut not. Bar. in .d. §. de illo. Iccirco quando à contrahentibus fit mentio iustæ, seu legitimæ hæreditatis, intelligendum est de ea, quæ defertur ab intestato. Hæc itaque iustitia legalis, quæ est ut dixi, tota uirtus, appellatur bonum alienum, nam is, qui eam habet, non solum ad se, sed ad alios ea uti solet, & hęc est in Præsidibus.

Iustitia altera que nō ē tota uirtus sed pars uirtutis

Est altera iustitia, quæ non est tota uirtus, ut prima. Sed est pars uirtutum, & hæc in duas diuiditur partes, altera est distributiua, altera commutatiua. Distributiua est, quæ honores, & pecuniam publicam, inter suos ciues pro dignitate, proque meritis distribuit, de quo in tit. de muner. & hono.

Commutatiua uerò iustitia, consistit in seruanda æqualitate in commercijs hominum.

Commercia autem, quædam fiūt sponte, ut emptio, uenditio, locatio, conductio, & depositum, & huiusmodi: Quæ ob id fieri, sponte dicuntur, quód principium ipsorum sponte procedit, & quædam fiunt inuitis hominibus, horum quædam sunt clandestina, ut furtum, & adulterium, cædes cum dolo. quædam uiolenta, ut uerberatio, rapinæ, conuitium, & cætera hu-

iusmodi. In omnibus ergo his, iustitia commutatiua coniectat æqualitatem. Sciri autem oportet, quod sicut in aliis uirtutibus, est nimium & parum, & mediocritas, ut superius dictum est, ita in hac, sunt duo extrema, plus, & minus, plus est lucrum, minus autem damnum.

Iustitia est inter plus & minus medium

Et ut clarius hæc pateant, tale sit exemplum.

Sint itaque duo, quorum uterque habeat in bonis centum, horum alter, inter alia bona, habeat equum ualentem uiginti: is, si cum uendat, tradatque alteri, remanebunt in bonis eius octuaginta: Et sic minus habebit in bonis, quàm á principio habebat, ille uerò, cui equus uenditus est, tradito ei equo, habebit centum & uiginti, habebit itaque lucrum, at si idem, accepto æquo, pretium idest uiginti tradat uenditori remanebunt sibi computato equo, centum in bonis, ut á principio habebat, uenditor etiam acceptis uiginti, illisque computatis in bonis, habebit centum ut prius: Quamobrem neuter nec in damno, nec in lucro existit, & quando homines neque in damno, neque in lucro sunt, & neque plus, neque minus habent, quam à principio habebant, sua se habere ¡inquiunt, quia neque damnum, neque lucrum patiuntur. Sed inter eos est æqualitas.

Exẽplum.

Quando quis hẽt suum

Habitus ergo, qui facit talem æqualitatem, uocatur iustitia, quæ in commerciis, reiiciens plus, & minus, idest lucrum & damnum, cuique contrahentium æquum, seu iustum suum tribuit .l. bona fides .ff. dep. Et ita illa uerba, posita in diffinitione iustitiæ intelliguntur, scilicet ius suum unicuique tribuens, id est æquum & iustum suum. At si is, cui traditus est equus, nolit soluere pretium, & sic inter contrahentes nascatur controuersia Venditor ibit ad iudicem, qui dicitur iustum animatum, coram que eo aget. Iudex autem sententia sua condemnabit, cogetque emptorem, soluere prætium, & sic rediget rem ad æqualitatem, & quisque habebit æquum suum, & consequenter, suum ius.

Iudex iustum animatum

Hæc omnia supradicta diligens lector colliget ex .v. Ethic. Nihil itaque in re publ. utilius constitui potest quàm ut suum quisque habeat: unde Cic. in .iii. offic. ait, in primis uidendum erit ei, qui rem pub. administrabit, ut suum quisque teneat.

LIII. Declaratio quare Iuriscon. appellantur sacerdotes.

Iurisconsulti quare sacerdotes dicatur boni

QVAERET hic quispiam, quare Iurisconsulti appellantur sacerdotes, breuiter dicas, sacerdotem esse, qui alicui Deo dedicatus est, dictus à sacris, & apud Romanos ante aduentum Christi, uarij erant sacerdotes, sicut uarij ab eis colebantur Dei, qui à Varrone enumerantur, inter quos erat Dea iustitia, quæ etiam Astræa appellabatur, dicebant enim, eam fuisse Astræi Gigantis filiam unde Ouidius.

Vltima cælestum terras Astræa reliquit.

Hanc Deam iureconsulti colebant, eiusque sacra administrabant. Diuidentes æquum ab iniquo, & licitum ab illicito. l. i. ff de iusti. & iur. ob hoc igitur sacerdotes iustitiæ uocati sunt.

Facultas iuris ciuilis quare appellatur philosophia.

Iterum posset quis quærere, Quid sibi uelint illa uerba, in. d. l. .i. ueram ni fallor philosophiam affectantes: Respondetur, quod Iurisconsulti, seu legum latoris uoluntas est, efficere bonos ciues, ut efficiant bonam rempublicam, ut inquit philo. in .ij. Ethic. & habetur in. d. l. i. boni autem ciues, nulla alia re effici possunt, quam morali philosophia: Hæc autem in duas partes diuiditur, una est, quæ consistit in scientia, quam si qui habent, solum sciunt, quid sit uirtus, & quomodo fiat, & in quo consistat, & huiusmodi. Et qui de huiusmodi scientia, sciunt ratiocinari ad sermones confugientes putant se adeptos moralem philosophiam, sed decipiuntur. non enim uera est, sed simulata, scire enim uirtutes, parum, uel nihil prodest, non enim ut sciamus quid nam sit uirtus, sed ut boni efficiamur enitendum est.

Quomodo efficiamur

Altera est pars moralis, quæ consistit in operationibus uirtutis, qui enim per uirtutem operantur, boni efficiuntur, & ueram habent philosophiam, hanc igitur Iurisconsulti affectant, non enim cupiunt, ut ciues sciant, quid sint uirtutes. Hoc. n. parũ prodesset reipublicę, sed ut per eam operantes, boni efficiantur, & effecti boni, bonum commune reipublicæ comparabunt, augebunt, conseruabuntque. Ad hoc ergo bonum cõmune, legumlatores tẽdunt. Bonum enim commune, seu humanum, finis est facultatis ciuilis hæc ex. ij. Ethic.

Ex his facilè intelliges uerba Iurisconsulti, scilicet ueram ni fallor philosophiam non simulatam affectantes.

L IIII. Declaratio utrum iustum á iustitia, uel iustitia á iusto dicatur.

POSSET etiam hic aliquis dubitare, utrum iustum à iustitia, an iustitia à iusto deriuetur: ut hanc dubitationem dissoluas, dicas, iustitiam esse habitum, sicut cæteræ uirtutes, & artes, habitus uerò ex operationibus similibus fiunt, qui enim uult artem pulsandi citharam acquirere, necesse est, ut sæpe pulset citharam, usu enim comparabit artem, habitumq; pulsandi, quo acquisito, bene deinde pulsabit citharam, sic ergo apparet, prius fuisse citharam, quàm habitum, seu artem pulsandi.

Itidē dicendum est, prius fuisse iustum, quam iustitiam, cum enim iustitia sit habitus, & habitus fiat ex pluribus operationibus, sequitur eum, qui uult habere iustitiam, oportere crebrò agere iustum. Iusta enim agentes, efficiuntur iusti, in. ij. Ethic. Non potest itaq; iustitia nasci, nisi ex iusti operatione. Est igitur iustum, antequam iustitia, determinatum à natura, uel instituto. v. Ethic.

Habitus ex pluribus operationibus

Quæret iterum quis, quo nam modo est iustum, si non est iustitia, dicas iustum, seu res iustas, in uniuersali, esse à natura, seu à lege determinatas, ut puta, depositum esse reddendum, furem esse puniendum, rem esse uendendam, quanti ualet, neq; pluris, neq; minoris: Hæc enim sunt per se iusta, etiam si nemo redderet depositum, neq; furem puniret, id quod si esset, nulla esset iustitia, cum nulla esset iusti operatio.

Iustum est a lege seu a natura constitutum

At si quis assuesceret reddere depositum, rem uendere quanti ualet, ex hac assuetudine compararet sibi habitum iusti, quæ est ipsa iustitia. Patet ergo iustitiam posteriorem esse ipso iusto. Sed postquam quis comparauit sibi iustitiam, per iusti operationem, facilius, & cum uoluptate, eadem faciet, & illa posterior operatio uocatur ius seu iustum. Aliud est igitur depositum esse reddendum, aliud reddere depositum, reddere enim depositū, quod est iustum, est operatio iustitiæ: & hoc modo ius appellatur à iustitia, ut dicit Iureconf. in. l. i. ff. de iusti. & iur.

Et sic patet prius fuisse iustum, seu res iustas, quàm iustitiam, & ex iustitia postea acquisita, nascitur operatio, ut puta redditio depositi, quod est ius, & ita ius nascitur ex iustitia, intellige quando illud uniuersale, ut puta reddere depositum deducitur in

Prius fuit iustum seu res iusta quā iustitia

actum, per habitum iustitiæ, tunc illud reddere in actu, dicitur ius. Item iniustum est etiam determinatum à lege seu à natura, ut puta facere furtum, est iniustum, quando autem fit est, uel dicitur iniuria, seu iniustum.

Iniustum & cõstitutio ciuitatis

Et sic patet, ut superius diximus, illud reddere in actu, dici ius, quod iustitia unicuiq; tribuit, ex .ij. & iij. Ethic.

LV. Declaratio, quam obrem iter, uia, usus-fructus, actio, & similia dicitur ius.

SED rursus quæret aliquis, si hoc modo accipitur ius, quid est, quod dicitur, usufructus est ius, iter est ius, uia est ius, & mille huiusmodi, ut .l.i.ff. de ser. rust. predio. Respondetur ius ibi, & in similibus, alio modo sumi quam in superioribus. Nam hæc appellatio ius, accipitur uarijs modis, ut in .l. ius. ff. de iusti. & iur.

Iniustum determinatum lege seu natura.

Et inter alia, ius dicitur ordinatio, seu constitutio ciuitatis, ut in .i. Polit.

Omnia enim quæ ciuitas, seu lex uniuersé, uel ut aiunt, uniuersaliter ordinat, legitima & iusta dicuntur. ut in .v. Ethic. Hinc appellatur iusta hæreditas, quæ ab intestato uenit, determinatur enim, & ordinatur à ciuitate, uel à lege, cui sit ea ab intestato deferenda .l. iij. §. de illo .ff. pro socio. Hinc patet, ius posse etiam dici ordinationem, seu constitutionem ciuitatis. Dum igitur Iureconf. ait, usufructus est ius, & cætera, non accipitur ibi ius, pro arte boni & æqui. ut in .l.i.ff. de iusti. & iur, nec pro aliquo significatu illorum, qui ponuntur in .d.l. ius.

Quamobrem, usufructus, iter, uia, ut seruitus, & huiusmodi, est ius, idest ordinatio, siue constitutio ciuitatis: Ciuitas enim ordinauit, uel constituit, ut quis possit habere usumfructum, iter, uiam, seruitutem in fundo alieno, siue ex conuentione domini, siue ex ultima eius uoluntate: Ob hanc igitur ordinationem, seu constitutionem, obligatur dominus fundi, ut patiatur eum, cui seruitus constituta est, ea in suo fundo posse uti .l. ij. ff. de usufruc.

Vsusfructus quamobrẽ dicitur ius

Et hoc modo sumendum est, ubicunq; in iure dicitur, aliquid esse ius, ut puta possessio, obligatio est ius, actio est ius, & huiusmodi, quod perinde est, ac si diceretur, est ordinatio seu constitutio ciuitatis, seu naturæ. Et ita ubi dicitur, aliquid consistere in iure, ut puta hæreditates, seruitutes, obligationes, Insti. de reb.

corpo.

corpo. & incorpo. ita exponendum est, cõsistunt in iure, hoc est essentiam, seu esse suum, habent in iure, hoc est in ordinatione, seu cõstitutione ciuitatis, seu principis: Ciuitas enim constituit, ordinauitq́, ut essent hæreditates, seruitutes, & obligationes, ut. §. i. Insti. de reb. corpo, & incorpo, nisi enim ciuitas ita ordinasset, profectò illæ minimè essent. Habuerunt igitur esse, seu essentiam suam, ab ordinatione ciuitatis, & ab eadem possent destrui, meritò igitur dicuntur consistere in iure, hoc est in ordinatione ciuitatis. Quare dicantur aliqua consistere in iure.

Quia superius facta est mentio iustitiæ, cuius sacerdotes sunt Iureconsulti, consentaneum est, hic ponere iustitiæ imaginem, à Chrysippo descriptam, qui dicit, Virginem esse incorruptam, improbis nunquam concedere, non sermones blandos, non purgationem, non deprecationem, non adulationem, non deniq́ quicquam aliud pati: Quas ob res meritò infulis etiam pingitur, uultu graui, aspectu contento, & toruo, ut iniustis terrorem incutiat, iustis fiduciam præbeat, quando huiusccmodi facies iustis grata, iniustis molesta sit, de qua, meritò, hi duo uersus, dici possunt. Iustitiæ imago, iure:

Terrifica Astrææ facies, tristisq́ uidetur,
Est tamen hæc iustis grata, molesta reis.

Explicit liber Primus. O

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM

LIBER SECVNDVS.

LVI. Declaratio, an possessio sit facti, uel iuris.

Iura quedicunt possessionē esse facti.

MAGNA est disputatio, an possessio sit facti, uel iuris, in hoc considerando, scribentes in uarias distrahuntur sententias: Alij enim aiunt, esse facti, idq́ probari asseuerant, in .l.i.§. Adipiscimur .ff. de acqui. poss. ibi, eam rem enim facti, non iuris esse, & in. §. si uir uxori, ibi, quoniā res facti infirmari, iure ciuili non potest, & in .l. deniq́ .ff. ex quib. cau. maio. illic inquit, possessio plurimum facti habet.

Iura que dicunt possessionē esse iuris.

Alij uerò affirmant, possessionem esse ius, quod dicunt confirmari .l. Peregre .ff. de acqui. pos. ubi dicitur, ius possessionis ei, qui condidisset, non uideri peremptum &c. Et in .l. si ea res .ff. de actio. emp. ibi, qui prior ius apprehenderit.

Cōmunis opinio

Tandē in hanc omnes ferè concordiam uidentur descendere, ꝙ possessio, dum est in fieri, uel dum acquiritur, sit facti, & ita loquuntur leges, pro prima opinione citatæ: sed postquam est in esse producta, seu acquisita, est iuris, & ita aiunt, intelligendas esse leges, in secunda opinione allegatas.

Reprobatio cōmunis opinionis.

Sed certè iudicio meo, nihil dicunt, id enim, quod ipsi aiunt perinde est, ac si quispiam diceret, statuam dum fit, esse æneam, postquam autem est facta, esse auream, uel hominem dum fit, esse equum, postquam uerò est factus, esse hominem: Nam ita sunt diuersæ species, ius, & factum, sicut equus, & homo, uel si dicatur hæreditas, dum acquiritur, est facti, postquam est acquisita, est ius,

quod nemo profectò diceret, cum nihil absurdius dici possit.

Item titulus quidem dicit, de acqui. rer. domi. & quis auderet dicere, dominium dum acquiritur esse facti, postquam uerò est acquisitum, esse iuris, nemo profectò? Separatum est enim id, per quod acquirimus, ab eo, quod acquiritur. Præterea leges, quæ dicunt, possessionem esse facti, non considerant modum acquirendi, sed assentiam ipsius possessionis acquirendæ. At essentia rei, nõ est modo una, modo alia, ut puta essentia equi, dum capitur ab hostibus, & acquiritur à capiente, est una, & postquam est captus est alias, sed est eadem, quæ erat antequam caperetur, quæ est, postquam est captus. ita in possessione dicendum est.

Præterea, est quæstio de possessione, quid nam sit, non de acquisitione, seu factione possessionis: Titulus enim dicit, de acquirẽda possessione, sicut de acquirenda hæreditate, & id quod acquiritur, iam habet essentiam, seu substantiam suam, De hac igitur possessione, iam in actu existenti, dubitatur, an sit facti, uel iuris: res enim non appellatur talis, quãdo est in fieri, sed quando est in actu. Aristo. ij. Phys. ædificium enim dicitur domus, quando est deducta in esse, & perfecta, non quando fit. Præterea Iureconsulti si loquerentur de eo, quod est in fieri, ut aiunt Doctores, non appellarent possessionem, si quidem dum fit, non habet nomen possessionis, loquuntur itaq; leges de possessione, quæ est iam in actu, & tamen dicunt eam esse facti.

Quamobrem omissis his, quæ à Doctoribus dicuntur, quæ nullo modo possunt cohærere. Pro ueritate inuenienda, præmitto, duplicem esse possessionem, quod nec Doctores negant, unam naturalem, alteram uerò ciuilem, sed quia naturalis, unà cum genere humano inuenta est, ideo prius de ea dicendum est. arg. §. singulorum. Insti. de rer. diuis. *Possessio duplex*

Est igitur sciendum, ab initio omnem terram fuisse communẽ, nec erant eo tempore rerum stabilium proprietates, ut alibi diximus, probatur clarè in .c. ius naturale .i. distin. eo enim tempore homines habitabant in agris sparsim, quia non dum erant ædificia. Aristo. i. Polit. & Vitruuius lib. ij. Domus autem erant antra, & tuguria. *Terra erat cõmunis.*

Ouidius, Domus antra fuerunt,
Et densi frutices, & iunctæ corticæ uirgæ.

Diuitiæ, eo tempore, potissimæ erant in pecoribus, unde aiunt pecuniæ nomen ductum esse, unusquisq; igitur paterfamiliâs habebat greges suos, & suppellectilem rusticam, arbitrioq; suo po- *Diuitiæ antiquitus in pecoribus.*

terat in uno quoque loco sua pascere animalia, sedesque ponere, ut aiunt fieri hodie in scythia, & faciunt in partibus nostris hi, qui uulgo appellantur zingari, & quam diu, ibi sedebat, locus ille, dicebatur ab eo possideri, ibique tantisper morabatur, dum locus ille sibi, animalibusque suis, usui, adiumentoque erat, postquam uerò inde discesserat, alibique sedes ponebat, prior locus ab eo relictus poterat & ab alio teneri, cuius rei uestigium, hodie remansit in littore maris .l. quod in littore. ff. de acqui. rer. domi. ubi expressè hoc probatur.

Possessio unde in lis nata est & eius origo.

Homines igitur, qui ita sparsim habitabant, eum locum, quo utebantur pro se, animalibusque suis, possidere dicebantur, unde possessio, dicta est, quasi sessionis, hoc est sedium positio, homines enim ut dixi, ponebant sedes rusticas, ut puta tuguria, & pecudum caulas, in eo loco, quo secundum naturam utebantur, ab eaque sedium positione, dicta est possessio, quasi sessionis positio, & licet in. l. i. de acqui. pos. scribatur, possessionem dictam, quasi pedum positionem, tamen arbitror impressorum uitio, textum esse mendosum, nimis enim dura est huiusmodi etymologia, cum in possessione, nulla pedum litera inueniatur. Quamobrem legendum est, quasi sessionis positio. Sessio enim significat, & sedendi actum, & sedem. Possessio igitur est dictio composita, à pono, nis, & sessio sessionis, sessio namque est sedes. Dicta est igitur possessio, quasi positio sessionis, hoc est sedis. Et sic respondetur quæstioni illi á Doctoribus motæ.

Possessionis uera etymologia.

Quæstio Doctorum

Quærunt enim quam ob causam, possessio magis dicta sit á pedibus, quam ab alia corporis parte. cum possessio, non solum pedibus, sed manu, oculisque acquiritur. l. quod cum eo. §. si per uenditorem. ff. eo. Quærunt etiam, quare non sit dicta ab animo, tanquam à nobiliori: cum sine dubio, animus sit, corpore nobilior, & sine animo possessio, minimè acquiritur. l. quemadmodum. ff. eo. Scribentes uarij uario modo respondent, sed quia à falso cito discrepat uerum, & uero omnia sunt consentanea. Aristo. i. Ethic. ideo quicquid aliquis eorum dicit, facilè ab alio refutatur, & tandem nihil uero consonum dicunt.

Doctorum quæstio futilis

Tu uerò dicas, quæstionem esse futilem, cum possessio, neque á pedibus, neque à manu, neque ab oculis, neque ab animo dicatur, sed à sessionis, idest sedis positione, ut supra diximus, in qua pedes manus, oculi, animusque concurrebant, non tamen hodie sequitur, si non est sedium positio, ergo non est possessio, sicut non sequitur, si lapis non offendit pedē, ergo non est lapis, & tamen di

citur lapis, quasi offendens pedem, de hoc enim non quærimus, nō .n. semper argumentū ab etymologia ualet, ut dicūt scribētes.

LVII. Declaratio, quando argu. ab Etymologia uocabuli ualeat.

ET ut breuiter intelligas, quando argumentum ab etymologia ad etymologatum, & è contrario ualeat, dicas, aut etymologia sumitur ab aliquo accidentali, seu effectu etymologati, aut ab essentia. Primo casu, nullo modo ualet argumentū, nec affirmatiue, nec negatiue. Exempli causa, lapis dicitur quasi lædens pedem, & hæc etymologia est ab effectu, seu ab accidenti, & ideo non ualet, lædit pedem, igitur est lapis, potest enim esse ferrum, seu lignum, ꝙ lædat pedem, nec ualet, nō lædit pedem, nō est igitur lapis, quia potest esse aliquis lapis ita absconditus, ut nunquam lædat pedem, & tamen est lapis. Argu. ab etymologia quando ualeat

Item taberna dicitur, quasi eò quòd tabulis concludatur. l. tabernæ ff. de uerb. sig. non tamen ualet, clauditur tabulis, est igitur taberna, quia potest esse aliud, puta granaria ex tabulis. l. granaria. ff. de actio. emp. cum taberna sit locus, ubi res uenduntur, siue habitatur, Item non clauditur tabulis, ergo non est taberna, minime ualet, potest enim esse aliud ædificium ad habitandum, seu ad res uendendas, & dicetur taberna, ut. d. l. tabernæ.

Secundo casu, quando etymologia sumitur ab essentia rei, & tunc, aut etymologia est maior etymologato, aut est æqualis. Primo casu, ualet argumentum, ab etymologia, ad etymologatum, sicuti à genere ad species, uidelicet negatiue, non autem affirmatiue, & ab etymologato, ad etymologiam ualet, sicuti à specie, ad genus, uidelicet affirmatiue, exempli gratia, mutuum appellatur ex eo, quod de meo tuum fiat, etymologatum est mutuum, etymologia quod de meo fiat tuum. l. mutuum. §. appellata. ff. si cert. pet. Et hæc est maior ipso etymologato, nam ex meo fit tuum, non solum in mutuo, sed etiam in donatione, & sic etymologia est maior etymologato; erit igitur sicut genus. Quamobrem, eodem modo potest ab ea argui, sicuti in genere, quemadmodum enim ualet, non est animal, ergo non est homo, quia sublato genere, tolluntur omnes species, genus enim non habet suum esse, nisi in speciebus suis. l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de leg. iij. Ita ualet ex meo non fit tuum, ergo non est mutuum. Etymologia ab essentia rei quando ualet Genus non habet suum esse nisi in speciebus.

Et quemadmodum non ualet, est ibi animal, ergo est homo, potest enim esse equus, ita non ualet, ex meo fit tuum, ergo est mutuum, quia potest esse donatio, & sicut ualet, est homo, ergo est animal, ita sequitur, est mutuum, ergo ex meo fit tuum, arguendo ab etymologato, ad etymologiam affirmatiue, uti dictum est, de specie ad genus.

Secundo casu, quando etymologia sumpta ab essentia, æqualis est etymologato, & tunc omnimodo ualet, tam affirmatiue, quam negatiue ab etymologia ad etymologatum, & è contrario. Donatio enim, dicta est quasi doni datio. l. senatus. §. donatio. ff. de dona. cau. mor. & quia de essentia donationis est ipsa doni datio propterea ualet, non est doni datio, ergo non est donatio, est doni datio, est igitur donatio, rursus est donatio, ergo est doni datio, non est donatio, non igitur est doni datio, & est donatio, ergo est doni datio. Et ex his claré patet, quando argumentum ab etymologia ualeat, omissis quæ confusé dicuntur à Doctoribus.

LVIII. Declaratio, quæ sit possessio naturalis, & quare ita dicatur.

Possessio naturalis quam obrem dicatur ratio

REVERTOR nunc, ad rem propositam, in qua, quærimus de ipsa origine possessionis, & de eius inclinatione, quæ ut supra diximus à sessionis, hoc est sedium positione ducta est. Hæc igitur possessio, seu sedium positio, *dicta est* naturalis, eo quòd homines utebantur loco illo, ad eum usum, ad quem natura creauerat, uidelicet, pascendo animalia: colligendo fructus & huiusmodi. Natura enim omnia, hominum causa produxit, terram scilicet, plantas, animalia, tam fera quam mansueta. Aristotelis .i. Polit. Et Stoici aiebant, quæ in terris gignuntur, ad usum hominis omnia creari ut refert Cicero in .i. officiorum.

Diuitiæ naturalis quæ

Hanc ob causam, solent diuitiæ acquisitæ ex fructibus terræ, & ex animalibus, dici naturales, quasi secundum naturam acquisitæ. Aristo .i. Polit. Eodem modo, illa sedium positio, quæ appellata est possessio, dicta est naturalis, eo quòd per eam homines utebantur fructibus terræ, propter homines à natura creatis. §. in pecudum. Insti. de rer. diuis. Quamobrem possessio naturalis, à Iureconsulto ita diffinitur in .l. quæstio. ff. de uerb. sig. Possessio inquit est usus, hoc idem dicit, Nonius Marcellus, ex quibus possessionis naturalis diffinitio colligitur quo ad genus. Est

enim possessio naturalis usus rei, secundum naturam, & hanc pos sessionem naturalem affirmo facti esse.

Et ut ostendatur possessionem naturalem esse facti, præmitto, ius, idem esse, quod iustum, ius enim dicitur à iusto, per apocopen remota ultima syllaba tum, quo fit, ut à moralibus philosophis, ius, iustum, æquum, bonum, quasi synonyma ponantur: & sicuti Iurisconsulti, diuidentes ius, aiunt, ius aliud naturale, aliud ciuile, ita philo. v. Ethic. dicit, iustum, aliud naturale, aliud politicum, idest ciuile. Ius igitur naturale, nil aliud est, quam iustum secundum naturam.

Possessio naturalis est facti.

Ius aliud naturale aliud ciuile

Item præpono, à Iureconsultis, ius naturale appellari factum, ad differentiam iuris ciuilis, id quod aperte ostendit Vlpianus in .l. nec seruus .ff. de pecul. ubi inquit, nec seruus quicquam debere potest, nec seruo potest deberi: quod uidetur, contra id, quod Triphonius dicit in .l. si id quod .ff. de condic. indeb. Ait enim ibi seruum obligatum esse domino naturaliter, & ibi Bar. dicit expressè, seruum obligari obligatione naturali, & tamen obligatio est ius. Huic tacitæ obiectioni respondens Vlpianus in .d.l. nec seruus, dicit, cum eo uerbo utimur, idest seruum debere, uel ei deberi, factum magis demonstramus, quam ad iuris ciuilis referimus obligationem, glos. in uer. factum, exponit, idest ius naturale, & sic Vlpianus, & glos. ibi ius naturale appellant factum. Quemadmodum igitur obligatio naturalis, ab Vlpiano appellatur factum, ad differentiam obligationis ciuilis, ita ab aliis Iureconsultis, in multis legibus, possessio naturalis, appellatur factum, ad differentiam possessionis ciuilis, quæ est ius.

Ius naturale ē iustum quoddā secundum naturam.

LIX. Declaratio, q̄ .l. i. §. adipiscimur, loquitur de naturali pos. & quamobrem seruus, pupillúsq; sint capaces pos. naturalis, & non ciuilis

HVIVS igitur naturalis possessionis, sunt capaces, seruus & pupillus, dūmodo habeant intellectum, & de hac loquitur tex. in .l. i. §. i. ff. eo. Vbi Nerua filius, pupillum possidere, incipere posse ait, quód ea res est facti, & non iuris, & licet Doctores dicant, illum tex. loqui, de acquisitione possessionis, & non de ipsa possessione, longè aberrant, non enim Nerua ait, pu-

pillum posse acquirere possessionem, sed dicit posse incipere possidere. Præterea si intelligeretur tex. de acquisitione, quam dicũt esse facti, & ideo cadere in pupillum, sequeretur, ut postquam acquisita esset, & ita in esse deducta, quæ (ut ipsi aiunt) esset iuris, non posset pupillus eam tenere, & ita frustra esset acquisita. lex. n. nihil frustra agit. l. hæc stipulatio. ff ut leg. nom. cauea. immo postquam est acquisita, est facti, ut ibi. & à pupillo retinetur. l. possessionem. ff. eo. ubi Vlpianus ait, pupillũ posse desinere possidere, quod enim facti est, potest amittere. Patet ibi id, quod amittitur, facti esse, amittitur autem possessio, scilicet naturalis, iã in esse deducta, alioquin amitti non posset: Priuatio enim præsupponit habitum. l. decem. ff. de uerb. oblig. & quod non est, amitti non potest. l. quæ sub conditione ff. de iniu. iri. fac. testa. Ergo. d. l. i. §. i. & l. possessionem, loquuntur de possessione naturali, quæ est facti. Si igitur. §. adipiscimur loquitur de naturali possessione, etiam acquisita ut dictum iam est.

Pupillus qua ombrẽ est capax possessiõis naturalis nõ autẽ ciuilis.

Quæritur, quamobrem pupillus habens aliquid intellectus, est capax possessionis naturalis non autem ciuilis, dicito, rationem esse, quod possessio naturalis, est usus quidam rei, & sic facti, & ita pupillus potest possidere naturaliter, habet enim affectionem ad talem usum, in colligendis fructibus, & similibus, hæc enim corporis sensu, percipiuntur quibus pupillus summopere delectatur, hanc ob causam in huiusmodi possessione, & usu, habet affectionem tenendi, & utendi, pupillus enim ad id, quod adẽ, quodque præsens est, se accommodat.

Possessio ciuilis quomodo retineatur

At ciuilis possessio, nullo corporis sensu percipitur, sed intellectu dumtaxat intelligitur, & in rei absentia animo, & affectione retineretur. l. peregre. ff. de acqui. pos. sed pupillus imperfectum habet intellectum ut ait Aristo. i. Polit. nec habet affectionem ad rem absentem, non est igitur sufficiens ad considerandam, retinendamque possessionem ciuilem, cum ea in solo intellectu & uoluntate consistat, naturalem uerò potest, & acquirere, & retinere, ut superius demonstratum est, est enim usus rei & c.

Pupillus quãobrẽ ẽ capax obligatiõis ciulis: nõ autẽ possessionis ciuilis

Sed dicet quispiam, si pupillus non potest nec acquirere, nec retinere ciuilem possessionem, quam ob causam potest & acquirere, & retinere obligationem ciuilem, ut Insti. de auct. tut. in prin. Dicito, obligationem ciuilem, non egere aliqua affectione, quia ita inhæret ossibus nostris ut, & si uelimus, non possit inde auelli directa scilicet, ut not. in. l. iij. ff pro socio. At ciuilis possessio sine animo, & affectione, nec acquiritur, nec retinetur. l. quemadmodum

modum .ff. de acqui. pos. Pupillus uerò, eam non habet affectionem .d. §. adipiscimur, non potest igitur ciuilem possessionem retinere, sine tutoris auctoritate qui .§. adipiscimur in principio loquitur de ciuili, quam non potest pupillus sine tutoris actoritate acquirere, quia affectionem tenendi non habet, Offilius, & Nerua loquuntur de possessione naturali, id quod ostendunt, dum aiunt, eam rem enim facti, non iuris esse, ad quam pupillus potest habere affectionē retinendi tantisper, dum est infundo, cum ea possit oculis, alijsq; corporis sensibus percipi, quibus, pupillus uoluptatem ex re ipsa percipit, & sic habet affectionem. Habes igitur declarationem .d. §. adipiscimur.

At si pupillus è fundo discedat, poterit naturaliter possidere, per seruum, per colonum, & eiusmodi, uti per animata instrumenta, ut infra dicetur, De hac eadem possessione naturali, loquitur .§. si uir. in .l. i. ff eo. Vbi marito cedente possessionem uxori, licet lex impugnet donationem, quæ est de iure ciuili, tamen Paulus dicit, mulierem possidere, supple tu, naturaliter, est enim ut dictum est, possessio naturalis facti, quæ à iure ciuili infirmari nō potest, ut ibi dicitur, ratio enim ciuilis, ciuilia quidem iura corrūpere potest, naturalia utiq; non Insti. de legi. ag. tut .§. fi. De hac etiam naturali possessione, loquuntur omnes leges, quæ aiunt possessionem esse facti: De hac præterea loquitur tex. in .l. denique ex quib. cau. maio, dum dicit, possessio, plurimum facti habet.

leges oēs ubi dicitur possessionē esse quid facti loquunt de naturali

L X. Declaratio .l. denique ex quib. cau. ma. ff.

ET quoniam Doctores in .l. i. ff. de acqui. pos. in expositione illius legis deniq; uidentur arguere ignorantiæ Papinianum, dum ibi ait, interruptam possessionem postliminio non restitui, Doctores exponunt, possessionem, idest usucapionem. O admirandam expositionem, si mihi liceret, ita uocabula peruertere auderem polliceri, me omnes leges perfacilè explanaturum esse, sed quia à propria uerborum significatione nō est recedendum .l. non aliter .ff. de leg, iij. ideo aliter, quam Doctores, legem illam declarabo.

Pro quo sciendum est, eum, qui ab hostibus possidetur, possidere non posse, item scire oportet, tam ciuilem quam naturalem

possessionem, captiuitate interrumpi, sed si captus ab hostibus reuertatur, omnia iura perinde recuperat, iure postliminij, ac si nunquam fuisset captus. Insti. quib. mod. ius pa. pot. sol. §. si ab hostibus cum similibus.

L. denique noua expositio.

Quidam igitur, qui bona fide, fundum emerat, & per nouem annos fortè possederat, captus est ab hostibus, & ita utraque possessio interrupta est, nam qui ab alio possidetur, possidere non potest. l. cum hæredes. §. i. ff. eo. Deinde, post aliquot annos, ab hostibus reuersus, non apprehendit rursus possessionem naturalem fundi, mansit tamen in ciuitate aliquot annos, postea dominus fundi uendicabat ab eo fundum, reuersus uerò obijciebat præscriptionem, rursus, dominus fundi dicebat, interrupta, per captiuitatē possessione, præscriptionem interruptã, esse, captus uerò fatebatur, possessionem ciuilem, quæ est causa præscriptionis, *ut aiunt* Doc. in. l. i. ff. eo. interruptam, dicebat tamen, postliminio restitutam fuisse: cum omnia iura, postliminio restituantur, & possessio ciuilis est ius. l. peregre. ff. eo. igitur &c.

His altercantibus, Papinianus, quæstionem decidens, ait, possessionem interruptam, postliminio non restitui, nec exponas possessionem, idest usucapionem, ut faciunt Doc. sed dicas possessionem, uidelicet ciuilem, deinde reddit rationem, quamobrem, non restituatur possessio ciuilis, cum sit ius, inquiens, quia hæc, supple. tu possessio ciuilis, quæ producit præscriptionem, sine possessione naturali supple, uel saltem corporali, non consistit, idest essētiam, & esse, non habet, necesse est enim, ad hoc, ut possessio ciuilis interrupta restituatur, ut rursus res ipsa corpore, *seu* aliquo corporis sensu comprehendatur, l. cum hæredes. ff. de acqui. pos.

Possessio naturalis quare non restituitur postliminio

Sed poterat dubitari, quamobrem possessio naturalis, non restituitur postliminio, cum ciuilis restituatur, ad hoc respondet Papinianus, quia possessio inquit, scilicet naturalis, plurimum facti habet: causa uerò facti, postliminio non continetur, idest cũ factum sit interruptum, non potest lex facere, quin sit interruptum, leges enim, facta infecta reddere non possunt. l. in bello. §. factæ. ff. de cap. & postli. reuer. Aristo. vi. Ethic. Ad hoc igitur, ut possessio ciuilis capto restituatur, opus est, ut iterum possessio naturalis, uel saltem corporalis, quæ sunt facti, apprehendantur, & hoc est, quod ait Iureconsul. in. l. cum hæredes in. §. i. dum inquit, sequitur, ut reuersis noua possessione opus sit, & loquitur de possessione naturali, ut ibidem superius patet, ibi

corporalem.

Ex his iam satis apparet in .l. deniqꝫ probari, possessionem naturalem esse facti.

LXI. Declaratio, diffinitionis possessionis naturalis.

POSSESSIO naturalis ē usus, à natura introductus, quo quis utitur re corporali, per se, uel per instrumenta animata, quo ad omnes, & integros fructus, secundum naturam.

Hoc ita fit, quoniam naturali quadam ratione, cultura, & cura, facit fructus suos, qui naturaliter possidet .§. si quis à non domino. Insti. de rer. diuis. immo de iure naturæ, qui possessionem rei immobilis apprehendebat, illius dominus erat, tantisper dum ea utebatur. l. quod in rerum .ff. de acqui. rer. do. l. i. ff. de acqui. pos. meritò faciebat omnes fructus suos, & sicubi reperitur naturaliter possidentem, non facere fructus suos, dicas, hoc à iure ciuili fuisse introductum. Dixi in diffinitione est usus, motus aucto ritate Iuriscons. in. l. quæstio. ff. de uerb. sig. & usus ponitur loco generis. Est enim usus possessio, est etiam usus, seruitus à iure ciuili, hoc est ab ordinatione ciuitatis introducta, qui est ius, ut Insti. de usu. & habita.

Vsus in diffinitione loco generis.

Dixi à natura introductus, ut differat ab usu, à iure introducto, qui est seruitus, ut dictum est.

Dixi rei corporalis, ad differentiam rei incorporalis, quæ naturaliter non possidetur.

Dixi per instrumenta animata, quia possumus possidere naturaliter, per seruum, uel filium, procuratorem, & colonum, tāquam per instrumenta animata: cum huiusmodi personæ, nostro, nō suorum nomine teneant, nosqꝫ per eos, tanquam per instrumenta, uidemur possidere, ut est tex. apertus in. l. i. §. quod seruus. ff. de ui & ui. ar. de his autem instrumentis infra plenè dicetur.

Instrumenta animata per que acquirimus possessionē naturalem

Dixi, ad omnes fructus, ad differentiam usus, qui est ius. ut Insti. de usu. & habi.

Sed ut apertius intelligatur, scito differentiam esse, inter fundū, siue agrum, & possessionem.

Fundus enim, siue ager, est proprietas loci, possessio uerò est quicquid apprehendimus in loco: sine proprietate ut .l. quæstio .ff. de uerb. sig. Sed quid est, quod in loco, saltem intellectu ap-

prehendimus, remota proprietate? nil aliud profectò esse potest, quam superficies illa, qua utimur colendo: id enim, quod apprehenditur, oportet esse corporale: at proprietas non est corporea, restat igitur, ut illa superficies sit id, quod apprehendimus, in qua consistit usus, secundum naturã, & ille usus, appellatur possessio à Iureconsulto, ibi, ut apertè patet in tèxtu.

Rectè igitur dictum est, possessionem naturalem esse usum rei, idest superficiei apprehensæ, immo ipsa superficies, appellatur possessio, ibi, cum dicat quicquid apprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet, hanc appellamus possessionem, apprehẽdimus enim dumtaxat superficiem, ergo superficiem ipsam, appellat possessionem. Ager autem, & fundus, est ipsa proprietas.

Ager & fundus

Sed dicet aliquis, ergo qui habet proprietatem, non habet possessionem, id quod non sequitur, nam licet ibi Iureconsultus distinguat, possessionem, à proprietate, potest tamen quis habere proprietatem, & possessionem naturalem: sunt tamen distincta ratione, & intellectu, sicuti possumus intellectu considerare calorem ignis, sine ipso igne, & tamen ignis, & calor, possunt esse simul immo semper sunt.

Exẽplum.

Item potest quis habere uites, & non habere uineam, & potest quis habere uineam, & uites simul.

Item potest quis habere possessionem naturalem, idest usum, & superficiem illam loci, & non habere proprietatem: potest etiam habere proprietatem, superficiem, & usum. Patet igitur clarè, quid sit possessio naturalis.

LXII. Declaratio, instrumentorum, quibus pos. acquiritur.

Res sine instrumento confici nõ potest.

QVemadmodum sine medio, seu instrumento, res non potest rectè confici, exempli causa, faber non potest conficere cultrum, seu bidentem, sine instrumentis, hoc est sine malleo, & incude, ita nec possessio naturalis, nec ciuilis, potest acquiri sine medio, seu instrumento.

Instrumentum aũt, est ipsum corpus, seu corporis sensus .l. quẽadmodum .ff. de acqui. pos. Voluntas uerò est ueluti artifex. Itẽ sicut instrumentũ dicitur aliquo mõ facere, seu agere, instrumenta .n. reducũtur ad causam efficientẽ. Aristo. i. Phys. utputa malleus dicitur facere cultrũ, sed impropriè, faber quidẽ ꝓpriè facit, quia

ipsum malleum mouet. Aristo.v. Ethic.

Ita corpus, seu sensus corporeus, tanquã instrumentũ, dicitur largo mõ possidere, sed homo, seu uoluntas ipsa, uel mẽs, quæ dicitur uerè homo.x. Ethic. dicitur ꝓpriè possidere. Hinc ẽ, ꝙ illa insistentia, seu apprehensio rei corporeæ, seu aliquis corporis sensus, nõ est propriè possessio naturalis, si quidẽ naturalis possessio, est ipse usus rei, ut supra dictũ est, est tamen quoddã instrumẽtum sine quo, naturalis possessio, nec acquiri, nec exerceri potest. Quis .n. potest fundo uti, colendo, arandóue, nisi ibi corpore insistat? aut quis potest facere cultrum, nisi malleo mediante? quisue potest acquirere ciuilem possessionem, sine corpore suo, seu instrumentorum animatorum corpore, uel saltem sine corporis sensu? nemo profectò, & hoc est, quod dicit tex. in l. quemadmodum .ff. de acqui. pos. necesse est .n. ad acquirendam ciuilẽ possessionem, ut quis saltem partem fundi, corpore, seu sensu corporeo, apprehendat. l. iiј. in prin. ff. de acqui. pos. l. i. §. si iusserim. ff. eo. qui textus loquuntur de ciuili, ut inferius demonstrabitur, facit. l. i. ff. eo. dũ Paulus ait, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, ubi illud uerbum insistit, demonstrat instrumentum corporis, ad tenendum naturaliter, idest possidendum, hoc est utendum.

Mens dicit propriè homo

Ex his patet, illam insistentiam, seu apprehensionẽ rei, tantum differre à possessione naturali, & ciuili, quantum differt instrumentum ab opere, hoc est, quantum differt malleus à cultro, seu bidente facto. Hęc aũt insistentia, seu apprehensio rei, dicitur possessio corporalis, seu naturalis. l. i. in prin. & l. iiј. §. Nerua filius. l. ij. §. i. ff. pro hærede. Propterea ꝙ instrumentum est, ad acquirendam possessionem, & quia propriè non est possessio, nec naturalis nec ciuilis, ideo non sequitur, insistit quis, seu est in fundo, ergo possidet ciuiliter, uel naturaliter uerè. l. certè. §. is qui rogauit. ff. p̃cario. ubi is qui rogauit præcario, est in fundo, & tamẽ nõ possidet.

Insistentia rei impropriè dicit possessio naturalis

Item colonus, inquilinus, seruusq́ sunt in prædio, & tamen nõ possident, intellige tu, ciuiliter, uel propriè naturaliter, possunt tamen dici aliquo modo possidere quemadmodum instrumenta dicuntur facere. Nam ut dictum est, naturalis possessio, est ipse usus, & sicut non sequitur, est in fundo, ergo utitur eo, arando, colendóue, ita non sequitur possidet corporaliter, ergo possidet naturaliter, cum corporalis illa insistentia, sit quoddam instrumentũ ad naturalem possessionem acquirendam, quæ est ipse usus, ut dictum est, sicut non sequitur, malleus est supra ferrum, ergo operatur, & tamen non potest operari, nisi sit, supra illud.

Colonus Inquilinus & seruus sunt in predio & tamen non possident

Aliud enim est possidere, aliud in fundo esse. l. si quis. ff. de acqui. pos. potest enim quis esse in fundo, & non uti, & sic possidebit corporaliter, non tamen possidebit naturaliter, cum non utatur.

Pos. naturalis capitur ut genus

Ex supradictis patet, possessionem naturalem capi, ut genus, cuius duæ sunt species, quarum una uocatur corporalis, altera naturalis.

Possessio corporalis que

Corporalis, est illa corporis insistentia, seu rei detentio, & hæc est, uti instrumentum, ad acquirendam naturalem, & ciuilem possessionem, illæ enim acquiri non possunt, sine hac corporali possessione, l. iij. §. in amittenda, ubi dicitur possessionem solo animo acquiri non posse. Non potest igitur possessio uerè naturalis, seu ciuilis, sine nostro, uel animatorum instrumentorum corpore, nobis acquiri.

Pos. naturalis que

Illa altera species, quæ dicitur naturalis, ideo dicitur propriè naturalis, quia per eam utimur re, ad fructus percipiendos, secundũ naturam, ut supra dictum est, in diffinitione possessionis naturalis.

LXIII. Declaratio, quare colonus non possidet naturaliter.

SED hic suboritur alia quæstiuncula, si ille dicitur naturaliter possidere, qui utitur re, percipiendo ex ea fructus &c. Quã obrem colonus, non possidet ita naturaliter, cum colonus, seminet, colligatq; fructus ex re.

Instrumẽta animata

Pro solutione dicito, cum seruus, procurator, colonnus, hospes amicùue, nostro nomine, sunt in possessione, sunt ibi ueluti nostra instrumenta, & licet rem ipsam teneant non tamen sibi possident sed nos per eos possidere, uidemur, operatio enim instrumentorũ domino attribuitur. l. generaliter. ff. de acqui. pos. & l. i. §. quod seruus. ff. de ui & ui ar. ubi dicitur, q seruus, uel procurator, uel colonus tenent, hoc est corporaliter possident, dominus uidetur possidere. Et ideo illis deiectis, dominus de possessione deijci uidetur, ut in. d. §. quod seruus, ratio, quia ut dictum est, quicquid instrumenta agunt, seu patiuntur, dominus eorum agere, uel pati dicitur, cum instrnmenta illius nomine, & agant, & patiãtur, hinc fit, q si colonus meus, tradiderit alij possessionem, priuat me possessione mea, l. iij. §. quod si seruus, ff. de acqui. pos. ratio quia pro

me amplius non possidet, nec nomine meo, nec uti instrumentum meum ibi insistit, cum alij tradiderit possessionem, ergo per eum amplius non possideo.

Sed dices fortasse, non esse uerum, si colonus tradat possessionẽ alteri, ꝙ priuet me possessione mea, tex. est in. l. quamuis. §. si cõductor. ff. de acqui. pos. ubi colonus uendiderat rem alteri, & eã ab emptore conduxit, & sic transtulit possessionem in emptorem per conductionem enim transfertur possessio. l. quædam mulier. ff. de rei uendi. Doctores dicunt in. d. §. si conductor fuisse traditionem fictam, hoc est, quando conductor, & emptor, non erãt in re, & sic non fuit uera traditio, sed ficta, at in. §. quod si seruus fuit traditio uera quia colonus tradidit possessionem alteri existenti in re, uel ꝙ eam introiuit. Sed hæc solutio mihi non satisfacit, diuinat enim, nam tex. in. d. §. si conductor loquitur indistinctè, nec ibi apparet, an colonus & emptor ab essent à re, an in ipsa re, seu in conspectu rei essent, eodem modo in. d. §. quod si seruus, non apparet colonum, & eum, cui tradidit fuisse in re, seu in conspectu rei. Quamobrem dicas indistinctè, si Titij colonus qui uti ipsius Titij instrumentum, rem eius nomine tenet, hoc est corporaliter possidet, eamq́ alteri tradat, ut puta Seio, cuius nomine, deinde illam rem teneat, priuat primum dominum, hoc est Titium sua possessione tam ciuili quam naturali, hanc ob causam ꝙ non est amplius instrumentum illius primi Titij, nec eius nomine possidet, & pro hoc facit tex. in. l. quod meo. ff. de acqui. pos. ubi, id quod meo nomine possideo, si alterius nomine, postea possideam, ministerio meo, facio illum possessorem. Si igitur rem possideo nomine meo, deinde eam possideam nomine alterius, transfero possessionem, tanquam minister, & instrumentũ illius. d. l. quod meo.

L. quãuis §. si cõductor. de acqui. pos: declaratio

Eodem modo dicendum est, in colono, nec obest tex. in. l. quãuis. §. si conductor. ff. de acqui. pos. nam ideo ibi non priuat primum possessorem, ꝙ ad huc, conductor nomine primi, erat in re, uti illius instrumentum, cum etiam priori domino mercedem præstaret, si ei mercedem præstabat, ergo eius nomine, ad huc rem tenebat. Non sine causa igitur Iureconsul. dicit ibi, & utriq́ mercedes præstiterit, nam si primo mercedem non præstaret, & eius nomine amplius rem non teneret, non esset dubium, quin priorem dominum sua possessione, tam naturali, quam ciuili priuaret, Et ex his stet firma hæc conclusio, si colonus tradat alteri rem, siue uerè, siue fictè priorem dominum possessione sua, etiam ciuili priuat,

ſi illi mercedem non præſtat, nec eius nomine poſſideat.

Sed uidetur, colonum pro ſe poſſidere, cum fructus ſeparatos à ſolo faciat ſuos, l. ſi apeſ. §. fi. ff. de fur. Reſponde licet faciat fructus ſuos, tamen cum pro illis præſtet mercedem, perinde eſt, ac ſi eos emiſſet, locatio enim proxima eſt emptioni, & uenditioni. l. ij. ff. loc. Quamobrem præſtando mercedem, dicitur pro domino poſſidere, cui mercedes præſtat.

Item ſolet quæri, quamobrem, ſi ego maneo in fundo, deinde diſcedens, peregrè profectus, nemine in fundo relicto, licet alius intrauerit fundum, & ita poſſideat corporaliter, & ſi eo utatur, poſſidet etiam naturaliter, quamobrem inquam, abſens retineo poſſeſſionem ciuilem, & tamen ſi poſſideo per ſeruum, ſiue colonum, peregrè ego profectus, retineo poſſeſſionem ciuilem. l. peregrè. §. qui ad nundinas. ff. de acqui. poſ. quamobrem inquam ſi *illi deijciantur*, non retineo poſſeſſionem ciuilem. Reſponde, quando ego poſſideo fundum per me, ſi diſcedo, nemine relicto, ſine dubio, retineo ciuilem, licet fuerit alius ingreſſus fundum, niſi fortaſſe ſuſpicer me poſſe repelli. l. ſi id quod. §. fi. ff. de acqui. poſ. poſſideo inquam, quia non ſum deiectus, ſed quãdo in fundo relinquo ſeruum, ſeu colonum, qui uti mea inſtrumenta pro me poſſident, ſi illi deijciantur, ego deiectus uideor, non eſt ergo mirum, ſi illam ciuilem protinus amitto poſſeſſionem. l. i. §. quod ſeruus. ff. de ui & ui arm.

Seruus & colonus quare nõ habẽt ĩterdictum unde ui

Item quæritur, an ſeruus, & colonus, qui uti inſtrumenta poſſident, habeant interdictum unde ui: reſpõdeo, minime, illud *enim* interdictum datur poſſidenti, uel ciuiliter, uel naturaliter *pro ſe*, at ſeruus, & colonus poſſident pro alio, & ideo non habent interdictum unde ui. l. i. §. deniq. ff. de ui & ui ar. ibi, non tamen ſi colonus ſit, competit enim interdictum ei, cuius nomine, & uti eius inſtrumenta, ſeruus & colonus poſſident. d. l. i. §. & ſi quis igitur. ff. de ui & ui. ar. At ſi colonus interuertat poſſeſſionem, hoc eſt incipiat pro ſe poſſidere, habet interdictum unde ui. l. colonus. ff. de ui & ui ar.

Seruus & poteſt acquirere poſſeſſionem naturalem pro ſe

Item quid ſi ſeruus ſtipuletur, non dico domino, ſed ſibi licere poſſidere, acquirit ne ſibi aliquam poſſeſſionem? Reſpondeo, ciuilem non poteſt acquirere, cum pro nullo, quoad ius ciuile habeatur. l. quod attinet. ff. de reg. iur. naturalem certè acquirit, eſt. n. ſeruus capax eorum, quæ ſunt iuris naturæ, & ideo ſeruus poterit poſſidere naturaliter, intellige tu, quando nomine proprio poſſidet, nam ſi nomine ipſius domini poſſideret, eſſet tanquam do-

mini

mini instrumentum, & ideo non ipse, sed dominus diceretur possidere, dominoque possessionem, etiam naturalem acquireret .l.i.§. item acquirimus .ff. de acqui. pos.

Quod autem possit nomine proprio possidere naturaliter, probat tex. in .l. stipulatio ista.§. hæc quoque .ff. de uerb. oblig. ubi expressè dicitur, seruum posse in suam per onam utiliter concipere stipulationem, ut liceat sibi possidere, & possidebit naturaliter, arando, seminando, colligendòue fructus, uerumtamen fructus recollecti, mox domino acquirentur, seruo enim acquisiti, statim domino acquiruntur. Insti. per quas perf. nob. ius acqui. .§. item, & illa possessio non erit sola detentatio, frustra enim fuisset interposita stipulatio, quis enim ita stipularetur, promittis mihi me posse manere in fundo tuo, ad quid ergo uult manere seruus in re, nisi ut ea utatur, & si utitur, ergo naturaliter possidet, de quo supra satis dictum est.

Item solet quæri, an missus in possessionem ex primo decreto possideat naturaliter, an ciuiliter, hoc est an illa possessio sit naturalis, an ciuilis, respondeo, illa corporis insistentia est naturalis, nam ubicunque quis rei insistit, naturaliter insistit, quia utitur membris ad insistendum, à natura ita ordinatis, & de hac insistentia, non est quærendum, quia asinus hoc modo insistit, aut loquimur de illa possessione, quam quis autore Prætore habet custodiæ causa, & illa non est naturalis, cum naturali iure non esset cognita, est enim iure ciuili inuenta, idcirco est ciuilis, si enim esset naturalis, uteretur re, arando, seminando, colligendo ue fructus &c, hoc est enim naturaliter possidere, ut supra dictũ est, id quod non facit missus ex primo decreto, non potest itaque dici naturaliter possidere, possidebit igitur ciuiliter, hanc ob causam, etiã si ex re discedat, retinebit eam possessionem iuris ciuilis auctoritate, & quod illa possessio sit ciuilis, & retineatur etiam à re ipsa discedente, probat tex. l. finita. §. si quis metu. ff. de dan. in fec.

Missus in pos. ex primo decreto an possideat & quo modo.

Ex his, & supradictis patet, possessionem naturalem esse facti, & Bar. errasse, dum dixit possessionem naturalem esse ius. Hæc autem possessio naturalis, inuenta fuit iure naturæ. l. i. ff. de acqur. pos. & fuit antequam dominium, & ciuitates essent: Dominium enim á naturali possessione cæpit .d.l.i. At dominium, & ciuitates, iure gentium inuentæ fuerunt. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Fuit igitur possessio naturalis, antequã esset ius ciuile: illud enim tunc esset cæpit, cum ciuitates condi cæperunt .§. singulorũ Insti. de rer. diuis.

Possessio naturalis nõ est ius.

Quomodo igitur Doctores ponunt ius, in diffinitione naturalis possessionis: cum omne id, quod ponitur in diffinitione alicuius rei, sit de illius essentia, & semper cum ea est, & ab ea non queat separari: nam cum primum fuit homo, statim fuit animal rationale mortale, Diffinitio enim explicat, quid sit, id quod diffinitur, ut ait Cicero in Topicis, non est igitur hæc appellatio ius, de essētia possessionis naturalis, cum ea fuerit, antequam ius cœperit esse quamobrem non est ponendum in ea diffinitione, quippe cum in diffinitione alicuius rei, ea solum poni debeant, quæ sunt de illius rei essentia, cum igitur ius, non sit de essentia possessionis naturalis, cum sine eo, longo tempore fuerit, ergo in eius diffinitione ponendum non fuit, nisi diceres ius, scilicet naturale.

Dictio ius in possessione naturali in diffinitione nonē ponenda.

Ex hac possessione naturali, cœpit dominium esse, ut ait Paulus in .l.i.ff.de acqui.pos. à principio enim nihil erat priuatum, sed quod quisque occupabat, suum faciebat, consequenterque dominiū acquirebat, si enim res mobilis erat, omnino sibi acquirebatur: immobilis uerò tantisper erat sua, dum ibi haberet sedes, ut supra dictum est, & hæc de iure naturæ sufficiant.

LXIIII. Declaratio, an capta in bello fiant absolute occupantium.

ITEM capta in bello, iure gentium, statim capientium efficiebantur, nam ut inquit Aristo.i. Polit. Lex quædam omnium gentium consensu, recepta fuit, ut bello capta, illorum fieri dicantur, qui cœperunt, hoc ait idem Iureconſ. in .l.naturalē .§.fi.ff. de acqui.rer. domi.& in .d.l.i. intellige, de iusto bello. Quod autem sit iustum bellum, declaratum est in materia iuris naturalis & gentium.

Lex de rebus ī bello

Sed supradictæ conclusioni uidelicet capta in bello fieri capientium uidetur obstare tex in .l.pen. .§. simili, C. de dona. ubi dicitur, donationes quas magistri militum faciunt, tam ex sua substantia, quam ex spolijs hostium, non egere insinuatione, aperte igitur ibi ostenditur, spolia hostium, non fieri occupantium, sed magistrorum militum: alioquin non possent ea donare, cum donatio de re aliena fieri nequeat, Doctores ferè omnes in .d.l. i. ff. de acqui. posse. dicunt capta in bello fieri occupantium tamen ab ipsis occupantibus, Duci exercitus assignanda esse, qui postea distribuat, inter milites, pro meritorum proportione, sed hæc solu-

tio arguit Iureconſ. in. d. l. naturalem. §. fi. ubi ait, quæ ex hoſtibus capiuntur, iure gentium ſtatim capientium fiunt, nec dicit aſſignanda eſſe Duci exercitus, ſi enim id quod captum eſt, Duci dādum eſſet, fruſtra fuiſſet factum ſtatim capientis, arg. l. qui ſic ff. de ſolu. Quid enim illa dominij acquiſitio prodeſſet, lex enim nihil fruſtra facit. l. hæc ſtipulatio. §. diuus. ff. ut leg. no. cau. ſi aſſignanda erant Duci exercitus, ut Doctores aiunt, dixiſſet Iurecōſ. in. d. l. naturalem. §. fi. & Imperator in. §. ab hoſtibus. Inſti. de rer. diuiſ capta in bello à militibus Duci exercitus aſſignanda sūt & ab eo inter milites diſtribuenda. Ne igitur Imperator, & Iureconſ. reprehendendi ſint, dicendum eſt, capta in bello, ſtatim fieri occupantis, nec eſſe Duci tribuenda, ſed manere apud capientē, ut de his ſuo arbitratu diſponat.

Capta in bello fiunt capientis nec ſunt restituenda Duci

Nec obſtat tex. in. l. pe. C. de dona. non enim ibi dicitur, quod Doctores exiſtimant, pro cuius intelligentia ſciendum eſt, ꝙ interdum capitur aliquid à priuato milite, & hoc fit illius, ut dictum eſt, nec iſtud ſolet appellari ſpolium. Nonnunquam vrbes capiebantur, quarum ciues neceſſitate coacti dedebant ſe, bonaꝗ ſua Duci exercitus, qui omnia illorum bona, ſeu aliquam eorum partem, pro ſe, & republica accipit, & hæc propriè dicuntur hoſtium ſpolia, quæ uictores ſolebant in triumphis præ ſe ferre, ut apud Hiſtoriographos legitur.

Spolia hoſtium quæ.

Hæc autem ſpolia non erant priuatorum militum, ſed rei publicæ, poterant tamen Duces, ſeu exercitus Imperatores, ex illis ſpolijs aliquid militibus donare, ſiue degerēt in occupatione, ſiue in alijs morarentur locis, quæ donatio inſinuatione minime egebat, & hoc ipſum eſt, quod dicit illa lex pen. non autem dicit, magiſtros militum, ſpolia ſibi à militibus aſſignata, debere inter eos diſtribuere, aliud enim eſt diſtribuere, aliud donare. Pone. n. militem cæpiſſe in bello equum, & ita illius dominium ſibi acquiſiuiſſe, ſi equus Imperatori aſſignandus erat, qui deinde eundem equum diſtribueret, aut dabat illum alij, quam capienti, & hoc fuiſſet abſurdum, priuaſſet enim capientem dominio, quod ſine facto noſtro, à nobis auferri non poteſt. l. quod noſtrum eſt. ff. de reg. iur. aut dabat eidem capienti, & tunc non fuiſſet donatio, cum res propria alicui donari non queat, res enim mea, amplius mea fieri non poteſt §. ſic itaꝗ. Inſti. de actio. Et tamen Imperator inquit in. l. pen. C. de dona. Magiſtros militum facere donationē ex ſpolijs hoſtium: quamobrem ille tex. non loquitur de rebus captis in bello, à priuatis militibus, ſed de ſpolijs, quæ

ut dictum est à principio erant Ducis, seu Imperatoris exercitus, & nunquam prius fuerunt militum.

Capta ĩ bello statim fiunt capiẽtium

Ex supradictis collige has conclusiones, capta in bello statim fiunt capientium, nec sunt assignanda Duci.

Item .l. pen. §. simili non loquitur de spolijs captis à militibus deinde Duci assignatis, sed de spolijs à principio Imperatori exercitus, seu rei publicæ acquisitis.

LXV. Declaratio, possessionis ciuilis.

NVNC tractandum est, de ciuili possessione, sed prius quæro, quid sit ius. Respondet quispiam. Ius est ars boni & æqui &c. l. i. ff. de iusti. & iur. Si ita est, ergo iter est ars boni, & æqui, cum iter sit ius. Insti. de ser. rusti. præd. Quicquid enim prædicatur de aliquo, prædicatur de eo, de quo illud prædicatur. i. omnia superiora prædicantur de inferioribus, in eodem genere positis: Nam si animal est substãtia, & homo est animal, ergo homo est substantia. Ita si ius, est ars boni, & æqui, iter est ius: sequitur, ut iter, sit ars boni, & æqui. Et ideo dicas, hanc appellationem ius, interdum capi, pro collectione præceptorum, & pro doctrina finita, de infinitis. Et hæc collectio præceptorum, est ars, ut dicit glos. in. d. l. i. & ita capiendo ius, pro collectione præceptorum, à Iureconsultis traditorum, meritò potest dici ars, boni & æqui: Finis autem Iureconsultorum est, facere bonos ciues. l. i. ff. de iusti. & iur.

Finis iureconsultorum ẽ facere bonos ciues

Alio modo, capitur ius, in toto corpore iuris, ueluti cum dicitur, actio est ius, obligatio est ius, ususfructus est ius, & alia huiusmodi, alia est igitur diffinitio, & quidem uera,

Iuris ciuilis diffinitio.

Ius itaq;, ut inquit Aristo. i. Polit. est ordinatio, seu constitutio ciuilis societatis, & quia ciuitas ordinauit, ut quis possit habere iter, in fundo alieno, domino constituente, ideo iter appellatur ius, quasi ordinatio quædam ciuitatis. Ita dicas de actu, de uia, de actione, & obligatione, quæ eodem modo, ordinata sunt à ciuitate. hanc ob causam appellantur ius, unde iter est ius eundi, idest ordinatio ciuilis societatis eundi & c. eodem modo de uia, & de aquæ ductu...

Item ciuitas ordinauit, ut quis posset uti, frui rebus alienis, domino constituente: & ob id dicitur, usus fructus est ius, idest

ordinatio quædam ciuilis societatis. Item ciuitas ordinauit, ut quis in iudicio coràm Iudice, posset agere, idest postulare, id quod sibi ab aduersario deberetur, idcirco actio appellatur ius, idest ordinatio quædam ciuilis societatis.

LXVI. Declaratio, quare contractus dicatur aliquis bonæ fidei, & stricti iuris alius.

ITEM ciuitas uidens, in contractibus iure gentium inuentis, multa uenire, de quibus partes minime conuenerant: ut puta uendito fundo, ueniebant sterquilinium, stramenta, torcularia, & alia huiusmodi, licet de eis non esset conuentum. Item uendita domo, ueniebant seræ, claues, & similia, licet non essent expressa .l. fundi .ff. de actio. emp. Aduerte tamen, quòd textus ille, est mendosus, dicit enim fundi, nil est, nisi ꝙ intra se tenet, legendum est, ꝙ in terra, se tenet, non autem intra se, nam si granaria confecta, ex tabulis, sint in fundo, & eorum stipites non sint in terra defossi, non sunt fundi, licet sint intra fundum, at si stipites in terra defossi fuerint, fundi erunt, licet de granarijs, partes non conuenerint. l. granaria, ff. de act. emp. *Tex. emendatio*

In huiusmodi igitur contractibus, multa ueniebant, de quibus partes non fuerant locutæ, solum enim partes in contrahendo, his utebantur uerbis, uidelicet, agamus, ut inter bonos agier oportet, ut refert Cicero in iij. officio. Ideo tales contractus, ex illis uerbis, sunt dicti bonæ fidei, quia in eis contrahendis, agebatur, ut inter bonos agier oportet. Verùm, quia inter contrahentes, interdum nascebatur controuersia, an res aliqua ueniret, uel non ciuitas ad omnem controuersiam tollendam, ordinauit, seu constituit quendam contractum, in quo nil aliud ueniret, quam id, de quo esset expresse dictum: & quod partes non exprimerent omissum esse intelligeretur .l. quicquid astringendæ .ff. de uerb. oblig. Causa igitur, quamobrem stipulatio est inuenta, fuit ut tolleretur controuersia, & inter ciues amicitia seruaretur, id quod maxiopere legum latoribus curæ est, viij. Ethic. non autem fuit necessitas, ut aiunt scribentes in tit. de uerb. oblig. qui contractus appellatus est, stipulatio, à stipulor stipularis, stipulor .n. significat interrogo, & ꝓmitto, quæ stipulatio, à Iurecōs. appellatã *Contractus quare dicãtur bonæ fidei.* *Stipulatio quare inuẽta fuit.*

uerborum conceptio .l. stipulationum .§. stipulatio .ff. de uerb. oblig. & meritò interrogans enim, concipiebat uerba, idest componebat uerba, & in formulam quandam redigebat, per eadẽq; uerba, ita composita, promissor debebat respondere, ut puta promittis equum, promitto, nam si dixisset spondeo, utiq; non ualebat, dabis, dabo, facies, faciam. Et si per alia uerba idem significantia respondebat, nihil agebatur. Insti. de uerb. oblig. §. 1. & ea uerba, ita concepta, dicebantur solennia, quæ hodie sunt sublata, sufficit enim quibuscunq; uerbis, consensum exprimi. Insti. eo. tit. § sed hæc solennia. Et quia hæc stipulatio, ordinata est à ciuitate, ut in .l. ex hoc iure .ff. de iusti. & iur. & .§. de constituta. Insti. de actio. Hanc ob causam dicitur, stipulationem esse ius, idest ordinationem ciuitatis.

Formula ãtiq; stipulationis

Stipulatio quare dicatur ius.

Et quia contrahentes, in concipienda stipulatione, nõ utebantur illis uerbis, ut inter bonos agier oportet, ob quæ uerba multa ueniebant in contractu, de quibus nihil fuerat dictum, ut supra diximus. hanc ob causam, stipulatio appellatur stricti iuris, quia in ea, nil amplius uenit, quàm quod uerbis expressum est, ut .l. quicquid astringendæ .ff. de uerb. oblig.

LXVII. Declaratio, an stipulalio sit propriè contractus.

Stipulatio an sit propriè contractus.

SOLET dubitari, an stipulatio sit propriè contractus: Doc. communiter dicunt, non esse propriè contractum, cum non sit hinc inde obligatorius .l. labeo. ff. de uerb. sig.

Ego uerò solitus sum dicere, stipulationem propriè esse contractum, pro qua re scire oportet, reperiri contractum generis masculini, quartæ declinationis, & idem est, quod conuentio, nam contrahere, inter alia, significat conuentionem facere, sed stipulatio, propriè est conuentio .l. 1 ff. de pact. ergo est propriè contractus, pro hoc facit tit. de contrahen. stipupl. C. Reperitur & contractum, generis neutri, & secundæ declinationis, & significat hinc inde tractum, seu obligationem, hinc & inde factam, & hoc non est in stipulatione, cum ex una parte, tantum sit obligatio, & ita intelligitur tex. in .l. labeo. ff. de uerb. sig. dum dicit, contractum in genere neutro, est ultro, citroq; obligatio. Hæc obiter sunt dicta.

Ex supradictis patet, ubicunq; Iurisconsulti dicunt, aliquid fie

ri ipso iure, intelligendum esse, ciuilem societatem, seu legum cōditores, ciuitatem repræsentantes, ordinasse illud fieri, absq; facto priuati hominis, & ubicunq; dicitur pœnam, seu moram committi, ipso iure, expone, idest ipsa ordinatione, seu constitutione ciuilis societatis, absq; facto alicuius: quādo aliquid non fit ipso iure, tunc requiritur factum tertij, ut puta interpellatio, seu exceptio. Item dum legitur, meo iure facio, suo iure facit, exponitur sua auctoritate, sua ordinatione, seu ut ita dixerim, suo arbitrio. Meo iure & suo iure fieri quid significet

Cum itaq; ius, sit ordinatio ciuilis societatis, uidendum est, quid sit ciuitas, & ut apertè intelligatur, uideamus partes, ex quibus illa componitur, ex pluribus enim societatibus cōponitur, non enim diffinitur mænibus.

Prima itaq; societas, est maris & fæminæ coniugatio, generationis causa.

Secunda societas, est domini, & serui natura ipsa, ille enim dicitur seruus natura, qui non potest mente prospicere, quid agendum sit, sed robusto corpore, id potest exequi, quod dominus agendū esse perspexit. Dominus quidem natura, is dicitur, qui ualet mēte, & prudentia prospicere, corpore uerò, exequi non potest. Hæc autem societas á natura, utilitatis causa, est ordinata, est enim utriq; utilis. Seruus natura qui sit

Et ex his duabus societatibus, fit domus, domus enim hic, nō sunt ædificia, sed est quædam societas ex marito, & uxore, patre & filio, domino, & seruo, & cui seruus deest, bos, seu asinus, pro seruo erit: Estque constituta gratia quotidianæ conuersationis. Domus est societas quędam

Ex pluribus autem domibus, fit alia societas, quæ dicitur pagus, & ita in pagis, uixerunt homines, sine ciuitate, usq; ad tempora Noe, & ut alias diximus, eo tempore, non erat, nisi possessio naturalis, & terra erat communis: Ciuilis enim possessio esse, minime poterat, cum nondum esset ciuitas, arg. l. manumissionis. ff. de iusti. & iur. Deinde tres filij Noe, diuiserunt orbem, in tres partes, ut plenè diximus, in discursu iuris naturalis, & gentium, ubi omnino uideas: Postea cæperunt condi ciuitates, ex pluribus enim pagis facta fuit ciuitas, quæ est ciuium multitudo, quæ ita diffinitur. Tres filii Noe diuiserunt orbē

Ciuitas est generum, pagorumque societas, uitæ perfectæ, ac per se sufficientis, non solum gratia simul uiuendi, sed bene uiuendi

Et quot partes habeat ciuitas, & quid sit ciuis, abundè diximus alibi. Inter alias partes ciuitatis, necessaria est legum ordinatio, seu constitutio, & quicquid à ciuitate ordinatur, seu constituitur, appellatur iustum, seu ius ciuile, quasi ad ciues pertinens.

LXVIII. Declaratio, quare fuit inuenta ciuilis possessio, & quæ sit.

Ars imitat naturam.

ET quia ars imitatur naturam. Insti. de adop. uoluit itaque ciuitas, in inuenienda quadam possessione, imitari naturam. Natura enim ordinauit in homine, quinque sensus exteriores, hoc est uisum, auditum, & alios, item sensum communem, per quos, anima apprehendit rem, & eius figuram, & similitudinem in rei præsentia: sed in absentia, ipsi sensus, nec rem, nec eius figuram, seu similitudinem retinent. Quamobrem natura ordinauit, aliam animæ potentiam, quæ appellatur phantasia, quæ similitudinem, & figuram, ipsius rei, iam perceptam, retinet, per quam similitudinem, mens si procul ab re absit, considerat, & quasi uidet rem exteriorem, ita ait sanctus Thomas in opusculo de potentijs animæ.

Phantasia

Possessióis ciuilis inuentio.

Ita ciuitas uidens possessionem naturalem, rei corporalis, corpore, & animo, tantisper retineri, dum is, qui acquisiuit, ibi sedes haberet, eaque uteretur. l. i. ff. de acqui. pos. at si à fundo discedatur, nullo ibi relicto instrumento, utendi causa, possessio naturalis, non retinetur, cum sit usus ipsius rei, & quasi sedium positio, ut supra dictum est. arg. l. quod in rerum. ff. de ácqui. rer. domi. Ob utilitatem igitur subiectorum, ciuitas ordinauit, ut sicut homo, retinet in phantasia imaginem, similitudinemque rei absentis, prius á sensibus percepta. Ita homo possessionem, iam animo, & instrumento animato acquisitam, etiam in absentia ipsius rei, animo, per phantasiam retineret, quæ possessio, dicitur ciuilis, eo quòd á ciuitate, ordinata, seu constituta sit, eaque est iuris, cum sit ordinatio quædam ciuitatis, ut supra dictum est.

Impossibile ẽ sine necessariis uiuere & bene uiuere

Sed quia impossibile est, sine necessarijs uiuere, & bene uiuere Aristo. 1. Polit. ideo quemadmodum in artibus necessarium est, subesse propria instrumenta, ut opus bene conficiatur, instrumentorum autem, quædam sunt inanimata, ut puta in naui remi, temo, & alia huiusmodi necessaria, ad nauim regendam; Quædam

uerò

uerò animata, ueluti ministri, qui remos ducunt, & temonẽ gubernant, siquidem minister in artibus, locum instrumenti obtinet quia sicut instrumentum, inanimatum mouetur ab artifice, ita minister, vti instrumentum animatum, mouetur imperio præcipientis.

Ita in re familiari gubernanda, necesse est patrem familians habere propria instrumenta, quædam scilicet inanimata, ut puta lectos, uestes, aliaq; suppellectilia. Quædam uerò animata, ueluti seruos, filios, procuratores, colonos, per quos tanquam instrumẽta acquirit res, earumq; possessiones, ac dominium, ita Aristo. in .i. Polit.

Hoc itaq; animaduertens ciuitas, utilitatis causa ordinauit, & constituit, ut quis per eas personas, tanquam instrumenta animata, acquireret possessiones. l. i. §. item acquirimus, &c. §. per procuratorem. l. generaliter eo. tit. & . l. quod meo ibi, & alium possessorem, ministerio meo facio, cum similibus. ff. de acqui. pos. Et perinde est, ac si ipse acquisiuisset. l. i. ff. de ui & ui ar. §. quod seruus. Nam sicut id, quod fit ab instrumento innanimato, attribuitur artifici, ut puta culter, magis artifici, quam malleo attribuitur, præterea, sicut malleus motus ab artifice, necessitate quadam operatur. l. item mella ad . l. aquil. ff. in prin. Ita quod fit, seu agitur, ab instrumento animato, ut puta seruo, filio, procuratore, & similibus, post susceptum mandatum, attribuitur mandanti patri, seu domino, & à mandante, seu ratum habente, dicitur factum, seu actum.

Possessionẽ aquirimus per instrumenta animata

Quid fit ab instrumento animato attribuitur domino.

Hanc ob causam, q; suscepto mandato, necessitate quadam ciuili, id faciunt, seu agunt, dum tamen id, quod mandatum est, sit honestum, ita expresse Bar. in. l. si unus. §. seruus meus, col. i. ff. de iniu.

Quamobrem ea, quæ seruus, uel filius, procurator, uel colonus, non pro se, sed tanquam instrumenta possident, pater, seu dominus, merito possidere dicuntur. d. l. i. §. quod seruus. ff. de ui & ui. ar. Ait enim Aristo. in. iij. Ethic. ea, quæ per amicos fiunt, per nos ipsos, quodammodo efficiuntur, quippe cum prinzipiũ sit in nobis, hoc ẽ, quia intuitu, & iussu nostro, hoc faciũt.

quæ filius & seruus faciunt uident facere pater & dominus si eorum iussum faciunt

Item possessionem earum rerum, quas peculiariter seruus, uel filius tenent, pater, & dominus etiam ignorantes acquirunt, quia corũ uoluntate, seu tacito quodã mãdato, tanquam animata instrumẽta, possidere intelligunt. l. i. §. itẽ acquirimus. ff de acqui. pos. et l. i. §. quod seruus. ff. de ui & ui arm, ẽ tũ animaduertẽdũ, q; licet

per ea instrumenta animata, acquiramus ciuilem, & naturalem possessionem, tamen per ea, solum naturaliter possidemus, ciuiliter autem per nos ipsos. & tam diu nos naturaliter per ea possidemus, quam diu, & illa ita possident: si uerò eiusmodi animata instrumenta, desinant possidere, eo quod inde digressi fuerint, ita ne possiderent, nos etiam possidere desinimus, intellige naturaliter, sicut & illa naturaliter possidebant, ut .d.l.i. §. quod seruum .ff. de ui & ui ar. & .l. peregrè .§. si. eo. tit.

Possessio naturalis est facti

Ex supradictis itaque colligitur, quod quemadmodum possessio naturalis, est facti, cum sit usus rei, ut supra declaratum est, ita possessio ciuilis, est iuris, cum sit ordinatio ciuitatis: Et ubicunque leges dicunt, possessionem esse iuris, semper loquuntur de possessione ciuili, & ita intelligitur tex. in .l. peregrè .ff. de acqui. pos. & alia allegata per Doctores.

Ex his ergo potest colligi diffinitio possessionis ciuilis, quæ ea sit.

Pos. ciuilis diffinitio

Possessio ciuilis est ius, idest ordinatio ciuilis societatis, qua quis etiam absens possidet rem corporalem apprehensam, per se, uel per instrumenta animata, producens ciuiles effectus.

In hac diffinitione ponitur ius, ut genus, ius enim, non solum conuenit possessioni ciuili, sed .tineri, usu fructui, actioni, obligationi, & mille aliis. Post genus, ponitur differentia, qua possessio differt ab aliis, quæ sunt iuris, item dum dicitur, qua quis etiam absens &c. Nam licet actio sit ius, non est ius, nisi agendi, non autem possidendi: ita de aliis, ut clarè patet. Differt à naturali, quia illa est facti, ut supra, hæc autem iuris.

LXIX. Declaratio, an possessio naturalis retineatur ab absente.

Possessio naturalis an retineatur ab absente.

QVærunt Doctores, an possessio naturalis, retineatur ab eo qui exit de fundo: communiter dicunt, eam retineri in conspectu, per decem milliaria, quia eodem modo acquiritur .l.i. §. si iusserim .ff. de acqui. pos. & .l. quod meo .§. si per uenditorem .ff. eo. si uerò non sit in conspectu, tunc aut quis habet naturalem mixtam, cum ciuili, & tunc amittit naturalem, & retinet ciuilem, hac ratione, quòd animus fatigaretur, in retinenda naturali & ciuili. Aut quis habet solam naturalem, sine ciuili, ut est usufructuarius, & tunc possidens, retinet eam, quocunque eat,

ita Doctores.

O admirabilem rationem, fatigatur inquiunt, animus in retinenda naturali, & ciuili simul, & tamen non fatigatur, in retinendis innumeris, & diuersis phantasmatibus, ac rerum similitudinibus, quarum plena est phantasia: Quamobrem relicta hac opinione, dicas, cum primum quis exit de fundo, non relicto ibi aliquo instrumento, utendi causa, amittit naturalem possessionem, etiam si ita esset in conspectu, ut fundum oculis uideret, cum .n. possessio naturalis, sit usus rei, ut supra ostensum est, necessarió sequitur, qui non utitur fundo, eum naturaliter non possidere. Valet enim argumentum à genere, ad speciem negatiue .l. quod in rerum .ff de leg. iij. nam si non est animal, non est homo.

At si discedens, reliquisset in fundo sedes, uel gregis caulas, seu colonum, seu familiam, per quam tanquam instrumenta, uteretur fundo, non amitteret naturalem possessionem: non enim animo deferendæ possessionis discessisset, cum instrumenta ibi reliquerit, & si non immediate, saltem mediate uteretur. arg. l. i .§. deiecisse .ff. de ui & ui ar. & .§. quod seruus eadem lege.

Nec obstat argumentum. quo utuntur Doctores. Aiunt enim, sicut acquiritur possessio per aspectum, uidelicet oculis, & affectu. d. §. si iusserim, & .§. si per uenditorem, ita retinetur, cum multo facilius retineatur, quam acquiratur. arg. l. patre furioso .ff. de his qui sunt sui uel alie. iur. Huic enim argumento facilé occurritur, negando naturalem possessionem, acquiri per aspectum, cũ sit usus rei, & sit quasi positio sedium, & rei quædam detentio .l. .i. ff. eo. & supra diximus. Et illi textus citati à Doctoribus, loquuntur de ciuili possessione tantum. Nam ciuitas ordinauit, ut emptor, ostendente uenditore, ex turri, rem uenditam, uideatur eam possidere, uel si iusserim uenditorem id, quod emerim in domo mea deponere, uoluit ciuitas id à me possideri non minus quod si pedem in rem intulisse, nam sicuti percipio oculis naturalem rei similitudinem, ita per eam similitudinem ordinatione ciuitatis, acquiro ciuilem possessionem. Si igitur à ciuitate hoc inductum est, sequitur, ut sit possessio ciuilis. Quicquid enim à ciuitate ordinatur, ciuile est, hoc est ad ciues pertinet. Et quot illi textus non loquantur de naturali, hoc modo probatur, id .n. quod naturale est hominum, simul cum genere humano natura ꝓdidit. §. singulorum. Insti. de rer. diuis.

Possessio naturalis non acquiritur aspectu

quicquid ordinatur a ciuitate ciuile est

Possessio ergo naturalis fuit introducta de iure naturali hominum, ut inferius dicetur, quo iure non erat uenditio, si quidem

uenditio de iure gentium introducta fuit .l. ex hoc iure.ff. de iust. & iur. Illi ergo textus loquuntur de possessione tradita ab emptore, ergo loquuntur de possessione ordinata à ciuitate. Ex quo infertur possessionem ciuilem posse acquiri, interdum sine naturali, hoc est, quod dicit tex. in.d.§. si iusserim, dum ait, nõ enim corpore, & actu, necesse est apprehendere possessionem, supple tu, ciuilem, sed etiam oculis, & affectu acquiritur.

Pos. ciuilis pôt acquiri aspectu

Possessio uerò naturalis, sine corpore, & usu rei, acquiri nequaquam potest .l. quemadmodum .ff. eo. etiam de ciuili loquitu tex. in.l. clauibus.ff. de contrah. emp. ubi ordinatum est à ciuitate, seu ab eius legum latoribus, ut clauibus traditis, apud horrea, uideatur tradita possessio mercium, in horreis conditarum, possessio scilicet ciuilis. Et nota uerbum illud uideatur: est enim possessio illa ficta à iure, quæ pro uera habetur si ficta, ergo non naturalis, cum natura nihil fingat, ut diximus.

Præterea dum paulus in.l.iij.ff. de acqui. pos. dicit, sufficere quamlibet partem fundi introire, dum mente & cogitatione hac sit, ut totum fundum usque ad terminum uelit possidere, loquitur de possessione ciuili, hoc est ordinata à ciuitate: non enim dicitur naturaliter possidere, qui partem fundi simpliciter intrat, cum eo nõ utat, ut supra dictũ ẽ. De ciuili ẽt loquitur.l.quarundã eo.tit.

Ex supradictis collige has conclusiones.

Possessio naturalis amittitur, cum primum quis discedit à fundo, etiam si sit in conspectu.

Possessio naturalis amittitur cum primum quis discedit a fundo

Item tex in.d.§. si iusserim, & in.§. si per uenditorem, & tex. in.l. clauibus, loquuntur de ciuili.

Item ciuilis possessio, potest interdum sine naturali acquiri.

LXX. Decla ꝙ is qui fundũ alienũ dño absente, clã occupat, & naturaliter & ciuiliter possidet.

ADde ꝙ quemadmodum, si dominus utitur fundo, tantisper dum ibi est, & naturaliter, & ciuiliter possidet, si uerò discedẽs neminẽ ibi relinquat, absẽs animo retinet ciuilẽ .l. licet, C. de acqui. pos. l. clam.§. qui ad nundinas.ff.eo. si interim illo absente, alius clam ingressus sit fundum, eoque utatur, & naturalem quæ est ipse rei usus, & ciuilem habet possessionem, & si ex eo fundo discesserit, retinet animo ciuilem.d. l. licet, quæ indistinctè loquitur. Possidebit ergo & dominus absens ciuili-

ter, & is, qui clam intrauerat. inde digressus, etiam ciuiliter possidebit, cum sine controuersia, ut inferius demonstrabimus, duo possint insolidum ciuiliter possidere. At si is, qui clam possidebat, reuertentem dominum non admiserit, ui non clam possidet .d.§. qui ad nundinas, dominus certè possessionem amittit. l. si id quod .§. fi. ff. de acqui. pos.

Sed quæritur, cui illa possessio amissa acquiritur, glos. in .l. sed & si nolit. ff. de acqui. pos. dicit, amissam acquiri ei, qui clam possidet, & sic incipiet possidere, etiam ciuiliter. Vult igitur glos. eum, qui clam fundo utitur, possidere naturaliter, non autem ciuiliter, sed si è fundo discedat, naturalẽ certè amittit, quia nõ utitur, & ita secundum glos. nullo modo possidet, si è fundo discesserit.

Tu dicas, ab eo, qui clam etiam possidet, si est absens, animo retineri, ciuilem, ut dictum est, Sed obiicitur, ergo habebit duas ciuiles, unam quam prius habebat, alterã quam dominus amisit, secundum glos. sed hoc non est recipiendum, nam illa possessio, quam dominus repulsus amisit, nemini acquiritur, sed euanescit: quemadmodum si quis habens scientiam musicæ, si per obliuionem eam amitteret, illa profectò acquiritur nemini, sed euanescit. Non habet igitur hoc modo, qui clam possidebat, duas ciuiles, sed unam tantum, quam ex persona sua habebat. Clam possidens si e fundo discedat retinet ciuilẽ

Sed dices, si is qui clam possidebat, nõ admisit dominum, possidet ui, & sic clam, & ui possidebit, erit igitur eius possessio clãdestina, & uiolenta, id quod nullo pacto fieri potest, cum duæ cõtrariæ qualitates in eodem subiecto simul stare nequeant. glos. & Doc. in .d.§. qui ad nundinas uarijs modis respondent.

Tu dicas, possessionem illam, non esse simul & clandestinam, & uiolentam, sed quæ prius erat clandestina, deinde efficitur uiolenta, quẽadmodum, si haberem uestem albam, si deinde colore nigro inficeretur, efficereturq; nigra, nõ esset simul alba & nigra, sed adueniente colore nigro, euanescit albus, ita adueniente uiolentiæ qualitate, euanescit clandestina qualitas: et sic non erunt duæ qualitates cõtrariæ simul. & hoc innuit Iureconf. in. d.§. qui ad nundinas, ibi ui magis intelligitur possidere, nõ clã. Nota illa uerba, non clã, quibus Iureconf. innuit. repulso domino, occupantem, nõ amplius clam, sed ui possidere, idcirco, & naturalis & ciuilis prius erat clandestina, deinde domino repulso, utraq; efficitur uiolenta, & ita cessant obiectiones. Nõ habebit igitur ingressus duas ciuiles, nec duæ qualitates contrariæ erunt simul. Possessio nõ ẽ simul clãdistina & uiolẽta

Abſens nõ amittit poſſesſioẽ tẽpore

Et nota abſentem, non amittere poſſeſſionem ciuilem tempore etiam longiſſimo, obliuione ueró bene amittit .d.l. licet, & ibi gloſ. ult. Nam quemadmodum abſens retinet animo, ſeu phantaſia, fundi ſimilitudinem, quo ad uiuet, niſi obliuio intercedat, ita per eam ſimilitudem retinet poſſeſſionem ciuilem, etiam, quo ad uiuet: ſed ſi illa ſimilitudo obliuione pereat, perit & ciuilis poſſeſſio. Et quemadmodum Deus poſſet facere, ut is amitteret fundi ſimilitudinem, etiam antequam obliuiſceretur, ita ciuitas, uti domina, poteſt facere, ut dominus reuerſus, & repulſus, ſeu putans ſe poſſe repelli, amittat ciuilem poſſeſſionem: Nam ſicut ciuitas eam inuenit, ut ſæpius dictum eſt, ita & ciuitas poteſt facere ut ea, tali modo amittatur.

Ex ſupra dictis concludo, eum, qui fundum domino abſente, clam ingreditur, prius clam naturaliter, & ciuiliter, deinde repulſo domino, per uim, poſſidere.

Sed dicet quiſpiam, ergo & natura, quæ ſemper eſt bona, & ciuitas quæ eſt recta, inuenit uiolentam poſſeſſionem. Reſpondeo, minime, nam quemadmodum, natura ipſa, eſt quædam naturalis acquiſitio, ex terræ fructibus, & ex animalibus, quæ eſt honeſta, & laudabilis per ſe, ſed ſi quiſpiam clam, ſeu per uim acquirat fructus, & ideo acquiſitio dicetur clandeſtina, ſeu uiolenta, non idcirco acquiſitio, quæ natura ipſa reperta eſt, mala appellari debet, ſed illa qualitas uiolenta, & clandeſtina eſt mala. Item gemma, ſeu precioſi lapilli, ſunt boni natura ipſa, ſi furto ſubtrahantur, dicuntur gemmæ & lapilli furtiui.§. furtiuæ. Inſti. de uſucapio. & licet adijciatur illa qualitas furtiui, non ideo deſinunt eſſe prætioſi, & boni lapilli in ſe.

Similitudo

Ita in caſu noſtro, licet poſſeſſio naturalis, & ciuilis, dicatur uiolenta, non ob id deſinet eſſe bona in ſe, illa enim qualitas ab homine addita eſt mala, non ipſa poſſeſſio, á natura bona, & á recta ciuitate inuenta, dicetur mala.

Et quia ſupra dictum eſt enim, qui domino abſente, clam fundum intrauit, etiam ciuiliter poſſidere, uidebitur fortaſſe cuipiam duriuſculum, ſed hoc uerum eſſe ita demonſtratur: Finge Titiũ è fundo, in quem clam intrauerat, diſceſſiſſe, & ita ſine controuerſia naturaliter non poſſidet, cum nec ſit in fundo, nec eo utatur, finge deinde, Sempronium eundem fundum poſſidendi animo intraſſe, finge, rurſus, Titium reuertentem, à Sempronio non admitti, dicetur profectò ſine controuerſia deiectus l. ſi id quod (ſi ff. de acqui. poſ. l. i. §. id circo. ff. de ui & ui ar. ſed à qua poſſeſſio-

Ratio quot clam ingreſſus ciuiliter poſſidean.

ne deiectus ? à naturali, certè non quam absens non retinebat, ut sæpius dictum est, dicetur necessariò à ciuili deiectus, quam animo retinebat. d. l. licet. C. de acqui. pos. & à ciuili sola potest quis deiici. l. i. §. deiicitur. ff. de ui & ui ar.

Habebit igitur interdictum unde ui. l. i. §. quia à me. ff. de ui & ui. ar. Sed interdictum unde ui, non datur nisi ei, qui tunc, cum deiiceretur, possidebat, sed Titius quando fuit deiectus, non possidebat naturaliter, ergo necessariò, tunc ciuiliter possidebat, cum habeat interdictum undè ui, quod non datur nisi ei, qui tunc, cũ deiiceretur possidebat. Hinc fit, quod etiam prædo deiectus, est restituendus, l. si quis ad se fundum. C. unde ui. siue igitur prædo deiiciatur à naturali, hoc est dum utitur fundo, siue à ciuili, hoc est si egressus è fundo, reuertens, non admittatur, sine dubio restituendus est. l. i. §. qui à me. ff. de ui & ui ar.

Concludo igitur, occupantem alienum fundum, seu clam, seu ui, & naturaliter & ciuiliter possidere, licet dominus absens retineat ciuilem. d. §. qui ad nundinas, si quidem ex opinione nostra inferius firmanda, possunt duo insolidum ciuiliter possidere, ut in decl. lxxij.

LXXI. Declaratio, quomodo usufructuarius possideat.

QVærunt Doctores, an usufructuarius possideat fundum, in quo habet usumfructum, & super hoc maxima inter eos disputatio est. Alij enim usufructuarium possidere aiunt, propterea ꝙ datur ei interdictum unde ui. l. iij. §. unde ui. ff. de ui & ui ar. quod quidem interdictum non datur nisi possidenti. l. i. §. interdictum autem hoc. ff. eo. sequitur necessariò, inquiũt ipsi, usumfructuarium possidere, alioquin non haberet interdictũ illud. Alij uerò asseuerant, ab usufructuario fundum nullo modo possideri. l. i. §. per eum. ff. de acqui. pos. ibi, illum non possidemus, & in. §. sed bonæ fidei. Insti. per quas pers. nob. ius acqui. & l. certè. §. is qui rogauit. ff. de preca. Omissis, quæ tam confusè dicuntur, ita dici posse arbitror, uidelicet. Vsus fructus an possideat naturaliter uel ciuiliter

Aut quærimus, an usufructuarius possideat ius utendi, & Doctores dicunt, illud ius quasi possideri ab usufructuario naturaliter, & ciuiliter, & ideo potest illud præscribi longo tempore.

Tu uerò dicas, uerum esse, illud ius possideri ciuiliter, naturaliter uerò non, & in hoc errant Doctores, quoniam naturaliter id solum possidetur, quod iure naturæ potuisset possideri. Sed usufructus, cum sit ius ordinatum a ciuitate, non potuisset eo tempore, quo iure naturæ uiuebatur, possideri, cum eo iure non esset introductus ut. d l. 1. §. interdictum. Sicut dicimus, de iure naturæ, non fuisse manumissiones, cum non essent seruitutes. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. Concludo igitur usumfructuarium possidere illud ius utendi, ciuiliter dumtaxat, non autem naturaliter.

Insistere fundo nō est naturaliter eum possidere.

Aut quærimus, an usufructuarius possideat fundum, in quo habet usumfructum, & tunc est considerandum, quod insistere fūdo, non est eum naturaliter possidere. Nā possessio naturalis, est usus fundi. l. quæstio. ff. de uerb. sig. & supra ostensum est. Illa quidem insistentia in fundo, non est usus, fundo enim uti, quid aliud est, quam arare, colere, fructusq; colligere, differt igitur usus ab ea insistentia, licet interdum, hæc insistentia dicatur possessio naturalis, propterea q, est medium, & uia, & instrumentum, ad possessionem naturalem, quia sine ea, non potest, esse naturalis possessio, quæ est usus, quoniam impossibile est, ut quis utatur superficie, nisi ei insistat.

Et sicut instrumenta aliquo modo dicuntur facere, sed non proprie, malleus enim dicitur facere cultrum, & pecten telam, largo tamen modo, quia sine eis, artifex non potest opus efficere, & ideo instrumenta ad causam efficientem referunrur. Aristo. ij. Phys. Artifex uerò dicitur propriè, & uerè facere, ut supra dictum est.

Insistentia rei impropriè dicit possessio naturalis.

Ita insistentia illa in fundo, dicitur largo modo, & impropriè possessio naturalis, quia sine ea, (usus fundi, quæ ē uerè & propriè possessio naturalis, esse non potest. Est igitnr possessio naturalis æquiuoca, potest enim capi propriè & impropriè in dubio, dum dicitur quis possidere, uel non possidere naturaliter, intelligendum est de propria possessione. l. hoc legatum. ff. de leg. iij.

Itaq;, si quæratur utrum usufructuarius insistens fundo, possideat eum naturaliter. Respondeo, propriè nequaquam, ut est tex. in. l. certè. §. is qui rogauit. ff. de preca. Non enim sequitur est in fundo, ergo possidet, ut ibi. At si quæratur utrum usufructuarius possideat ipsam superficiem, quæ dicitur possessio separata à fundo, seu agro. d. l. quæstio. ff. de uerb, sig. & tunc respondeo,

deo eum, nec merè naturaliter, nec merè ciuiliter possidere: cum eius possessio, non sit nec mera naturalis, nec mera ciuilis, ut ostendam. Et ita intelliguntur leges, quæ dicunt usufructuarium non possidere, intellige tu, non possidere nec merè ciuiliter, nec merè naturaliter, ut dixi, possidet tamen mixta quadam possessione. Et ita intelligitur tex. in .l.iij. supra allegata. §. unde ui, & alij similes, in quibus dicitur, usufructuarium possidere, & hanc mixtam possessionem retinet quocunque eat.

Pro ueritate huius quæstionis, sciendum est, quód quemadmodum reperitur mera actio personalis, & mera realis, Insti. de actio. in prin. ita reperitur quædam actio, quæ habet mixtam causam, tã personalis, quã realis. §. quædã actiones Insti. deactio.

Itẽ, sicut reperit̃ acquisitio quædã naturalis, quæ ẽ, quãdo quis acquirit id, quod natura ꝓpter ipsũ fecit. ut puta, fructus terræ, et animaliũ, qui sunt ad uitã necessarij. alia ẽ acquisitio, quæ nõ ẽ naturalis, sed industrialis penitus, ut quãdo quis acquirit, nõ ex fructibus terræ, nec ex animalibus, sed ex mercatura, & fœnore. Acquisitio quedã naturalis Acquisitio industrialis quae

Item, est alia acquisitio mixta, quæ non est mera naturalis, nec mera industrialis, sed habet partẽ utriusque ut puta, acquisitio quæ fit ex metallo, & sylua cædua, habet enim partem eius, quæ est secundum naturam, acquirit enim à terra, & ab alijs, quæ sunt terræ, habet etiam partem eius, quæ est industrialis, quia acquisitio ista, non est necessaria ad uitam, sed utilis. Aristo. i. Polit. Acquisitio mixta quæ

Ita in proposito, quoniam usufructuarius, utitur fundo, ad percipiendos fructus, ad uitam necessarios, quos natura hominũ causa procreauit. Insti. de rer. diuis. §. in pecudum. Natura enim plantas, & animalia, ad uitam hominũ ꝓduxit. Aristo. i. Polit.

Et quando quis utitur his, quæ natura propter ipsum fecit, usus ille est naturalis, ut dicit ibi sanctus Thomas. Quamobrem, usus ille usufructuarij uidebatur naturalis, & sic possessio mera & propria naturalis, quæ est usus rerum naturalium, ut demonstratũ est. Sed quia, illud ius, quo usufructuarius utitur fundo, cõstituitur ab alio. Insti. de usufruc. & ordinatũ est à ciuitate, ꝓpterea non põt dici mera possessio naturalis, sed potius ciuilis, iure naturæ hoĩes utebantur re, eorũ arbitrio, absque alia cõstitutione, ut hodie patet in littore maris. l. quod in rerũ ff. de acqui. rer. domi. Vsus rerum quãdo ẽ naturalis

Nec potest dici mera ciuilis, cum sit quidam usus secundum naturam, & sic uidebatur naturalis, erit ergo mixta quædam possessio, quæ nec ciuilis, nec naturalis simpliciter dici potest. Propterea quia, nullum mixtum, seu compositum est simpliciter Possessio usufructuarij ẽ mixta

aliquid eorum, ex quibus componitur. Mulſum enim cum cō ponatur ex melle, & uino, non erit neq; mel, neq; uinum, ſed eſt ſpecies altera, ab illis. §. cum ex aliena Inſti. de rer. diuiſ.

Ita etiam dicendum eſt de poſſeſſione uſufructuarij, & ita intelligitur tex. in. l. naturaliter. ff. eo ubi Vlpianus ait, naturaliter uidetur poſſidere is, qui uſumfructum habet, ubi apparet, uſufructuarium non ſimpliciter poſſidere naturaliter, uerbo enim uidetur, improprietas quædam ſignificatur. l. i. §. deieciſſe. ff. de ui & ui ar. Et hanc poſſeſſionem mixtam retinet uſufructuarius, quocunq; eat, ideo habet interdictum unde ui. l. iij. §. unde ui. ff. de ui & ui ar.

Collige ergo ex ſupradictis has concluſiones.

Poſſeſſio uſufructuarij, nec mera eſt naturalis, nec mera ciuilis.

Poſſeſſio uſufructuarii eſt mixta.

Item, poſſeſſio uſufructuarij eſt mixta.

Item poſſeſſio uſufructuarij mixta, retinetur animo ab uſufructuario, ubicunq; ſit.

Item interdictum unde ui, propriè & directum datur uſufructuario, pro recuperanda poſſeſſione ſua mixta, nō dico poſſeſſione iuris utendi, ſed poſſeſſione fundi.

LXXII. Declaratio, utrum duo poſſint inſolidum eandem rem ciuiliter poſſidere.

Poſſidere in ſolidu nan duo poſſint.

SOLET præterea quæri, utrum duo poſſint eandem rem in ſolidum ciuiliter poſſideri. Scribentes ferè omnes in. l. poſſideri. §. ex contrariò. ff. de acqui. poſ. negant prorſus id fieri poſſe.

Cōparatio.

Pro ueritate igitur ſciendum eſt, quòd quemadmodum, potentia uiſiua, uidens rem præſentem, colore affectam, ex ea percipit ſpeciem, ſeu ſimilitudinem quandam, eamq; illico ſenſui offert communi, qui ſua uirtute, quis color ille, quæ ue res illa ſit, facilè diſcernit. Sed potentia uiſiua, ac ſenſus communis, tantiſper viderit rem illam, dum adeſt, præſenſq; eſt, at ſi paululum ab ea auertantur, nec eam amplius uident, nec uidiſſe recordantur. Quamobrem neceſſarium fuit, ut natura, aliam inſtitueret potentiam, quam phantaſiam appellant, quæ illius rei iam uiſæ

speciem, seu similitudinem, à sensu communi acceptam, protinus caperet, conseruaretque, etiam si ab ea re longius discedatur. Per hanc igitur similitudinem, siue præsens, siue absens, quis sit, rem illam præsentem, absentemque uidet, atque ex eius figura cognoscit quid sit id, quod intuetur, sit uerbi gratia, equus. Hoc itidem fiet, si duo, seu plures simul, uel separatim uident eundem equũ, quisque enim illorum, totam integramque illius equi figuram, seu similitudinem percipiat, perceptamque in sua conseruabit phantasia, per quam, dico similitudinem, uterque simul, & insolidum ipsum equũ etiam absentem, poterunt intueri, ut quisque uestrum facilè experiri potest.

Ratio quare duo ciuiliter insolidum possint possidere

Ita etiam dicendum est, in quæstione proposita, si enim aliquis introibit fundum, eoque insistens, utatur, arando, seminando, fructusque colligendo, quos natura hominum causa produxit, ut ait Aristo. i. Polit dicetur profectò, naturaliter illum possidere. cum possessio naturalis, nil aliud sit, quam ipsius rei usus quidã .l. quæstio. ff. de uerb. sig. Et supra in illius diffinitione demonstratum est. Hoc confirmat glos in. l. iij. C. fini. reg. in uer. finiatur, quam ad hoc citat Ias. in .l. iij. §. ex contrario col. vij. nu. xxxiij.

Hic autem tam diu naturalem retinebit possessionẽ, quam diu fundo insistens eo utatur. At si de fundo discesserit, naturalem illam possessionem, illico amittet. Quamobrem necessarium, ac utile fuit, ut ciuitas aliam introduceret, quam ciuilem appellare licet, ex eo quod ciuitas eam introduxerit, per quam, is qui è fũdo egressus esset, & si longè abesset, illum ciuiliter possideret, ut qua ratione naturalem fundi similitudinem, & si longius absit retinet, eandem, per eam, similitudinem retineret ciuilem possessionem. Quemadmodum igitur, si duo plurèsue introiuerint, uel saltem uiderint eundem fundum, omnes simul, & insolidum totam integrámue illius fundi similitudinem perciperent, eamquè phantasia etiam absentes retinerent, eodem modo per eam similitudinem omnes insolidum eundem fundum ciuiliter possidere dici possent, etiam si ab eo fundo discesserint. Sed supradictis occurrunt Doc. & præcipue Ias. in l. possideri. §. ex contrario in v. col. uers. Tertio potest induci aiunt enim actus ciuiles imitantur naturales, sicut ergo insistentia naturalis respectu eiusdem rei non potest esse penes plures insolidum, ita nec insistentia ciuilis, hæc Ias. ad uerbum. Sed hæc facilè diluuntur, dum enim aiunt actus ciuiles amittari naturales, non bene sentiunt, actus enim ali-

Absens nõ possidet naturaliter

cuius facultatis imitari quidem non possunt, quippe cum actu sint causæ effectrices effectus, non enim pictura naturam imitatur, sed ars seu pictor. Sed dicent ipsi sit sanè ut ais, ars saltem imitatur naturam, hoc uerum est .§. minorem Insti. de adop. sed illa rei ut ita loquar insistentia non á natura, sed ab homine fit, ars aũt & consequenter facultas legumlatrix non hominem sed naturam imitari conatur, sed quemadmodum natura constituit posse à pluribus eiusdem rei similitudinem in phantasia retineri, ut supradictũ est, ita ars idest facultas legũlatrix, cõstituit á pluribus ꝓ illi similitudinẽ rei inphãtasia retentã posse eãdẽ rẽciuiliter possideri. Ex his facilè colligitͬ posse, á pluribus eandẽ rẽ ciuiliter possideri.

Ratĩo communis qua re non possunt duo in solidum possidere

Sed huic conclusioni, scribentes ferè omnes, ita occurrunt aiũt enim, ciuilem dumtaxat possessionem producere præscriptionem, ut ex eorum scriptura satis constat in .l. possideri .§. ex contrario. ff. de acqui. pos. Quibus & ego facilè assentior, iure enim ciuili usucapio, & præscriptio constitutæ sunt. Insti. de usucap. in prin. Hi autem sunt possessionis effectus, quo iure igitur effectus introductus est, eodem, & eius causa introducta est. argu. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur.

Quid inde? Audi quid sequatur, si possessio inquiunt ciuilis producit præscriptionem, non est dubium, quin per hanc, dominium acquiratur. Insti. in prin. de usucap. ergo si duo plures ue eundem fundum insolidum ciuiliter bona fide, & cum titulo possiderent, proculdubio sequeretur, ut duo, plurésue eiusdem fundi, insolidum acquirerent dominium: & tamen Iurecons. in. l. si ut certò. §. duobus uehiculum. ff. commod. Ait duorum insolidum dominium esse non posse. Hoc igitur prohibito, censetur etiam prohibitum, ne duo possint insolidum ciuiliter possidere, per hoc enim peruenitur ad illud arg. l. oratio. ff. de spons.

Prohibito aliquo prohibetur & id quo ad illud peruenitur

Cõparatio.

Pro responsione, scire oportet, ꝙ licet, mille & mille guttæ decidunt in lapidem, ultima tamen cauat lapidẽ, præcedentes autem mollificant, ac disponunt, ut facile ab ultima cauetur, hoc ita fieri naturales affirmant.

Ultima gutta cauat lapidem

Ita, in proposito, licet possessio decem annorum, faciat acquiri dominium, ultimo tamen anno, ultimo inquam decimi anni die, immo ultimo illius diei momento, ipsi possidenti, acquiritur dominium: extincto tamen prius, eodem momento penitus, primi ciuiliter possidentis dominio. Hæc autem ita fieri ostendit glos. in. l. possideri. §. ex pluribus. ff. de acqui pos. in uer. possideo, prope finẽ, & ibi Ias. col. v. nu. xxxi. uers. tertia notabilis conclusio.

Et quemadmodum ignis paulatim ex ligno aqueum humorē, ueluti sibi contrarium expellit, paulatimq́ illud ad nouum ignē educendum præparat, quo circa humore penitus expulso, confestim nouus ignis accēditur.

Ita, ad propositum, usucapio seu præscriptio, paulatim dominium primi domini debilitat quo debilitato, atq; ultimo decēnij momento penitus consumpto, nouum possidenti dominium producit, non enim per præscriptionem dominium primi transfertur in præscribentem, sed eo extincto, nouum acquiritur. Si ita est, quonam modo fieri poterit, ut duobus eodem momento insolidum eiusdem rei, acquiratur dominium?

Dominium primi domini nō trāsfertur i prescribētē

Qui igitur prius bonafide à non domino fundum, emerit, priusq́ præscriptionem perfecerit is prior dominium acquirit, alter uerò qui posterius emerit, seruusq́ præscriptionem perfecerit, dominium minime una cum primo acquirit.

Et si obijcies frustra igitur hic posterior emptor bona fide, & titulo apprehendit possessionem, frustraq́ in ea perseuerauerit, id quod esse non debet, lex enim & natura nihil frustra operantur. Aristo. i. Polit. & l. hæc stipulatio. §. diuus. ff. ut. leg. no. cauea.

Ars & natura nihil frustra operāt

Respondebo, minime, id frustra factū esse, quoniā sicuti prior possessor, extincto dominio primi domini, ita ut, supra scriptum est, nouum per suam usucapionē acquisiuit, ita hic posterior, paulatim debilitato, & tandē extincto primi bona fide possidētis absentisq́ dominio, nouū sibi ita possidendo acquirit, & ita dominium duorum, non erit insolidum.

Et si rursus quæras, quid si duo simul apprehēdant possessionē tunc dicā, aut alter sciebat ab altero possessionē eiusdē fundi apprehensam fuisse, & tunc neutri ob malā fidē acquiri dominiū confirmabo, erit. n. alter alteri impedimento. Aut alter ignorabat, ab altero id factū, eo q; alter unā fundi partē, alter uerò alterā introiuit (finge fuisse magnū fundū) sufficit. n. quālibet partē fundi introire dū mente, et cogitatione ea sit, ut totū fundū uelit possideri. l. possideri in prin. ff. de acqui. pos. Quo facto, si dices, utrūq; insolidū ciuiliter possidere, proculdubio insolidū utriq; acqrei dominiū, cū eodē momēto, uterq; pficiat pscriptionē, urget pfectò argumētū,

Sed ego à te uicissim quæro, quid si duo simul in littore maris inuenerint lapillū, eūq; simul apprehenderint, ita, ut discerni nō possit, uter eorū prior apphenderit, acquiretur ne lapillus uni, an utriq; insolidum? Si dicas uni, rursus quæram, quis erit is? cum nō appareat, uter prior apprehenderit.

Obiectio

At si fortasse dicas, insolidum utriq; acquiri, hoc dicens, tu ipse reijcis, quod paulo ante obieceras: poterit enim per te, dominium esse duorum insolidum, poterunt itaq; duo etiam insolidum ciuiliter possidere. Si uerò dicas, quod te dicturum magis puto, neutri hoc casu acquiri dominium, litem tuam facies, aduersus Imperatorem, qui dicit huiusmodi lapillum acquiri inuentori. §. item lapilli. Insti. de rer. diuis. Quicquid igitur in hac controuersia dixeris, idem & ego in superiori dicam. At si urgeas, ut dicam, quid in hoc sentiam, dicam equidem, puto & in hac, & in superiori quæstione utriq; pro indiuiso pro parte, dominium acquiri, id quod fieri posse Iureconsf. ostendit, in .d. §. si duobus uehiculum.

Ex supradictis responderi potest, ad id, quod itidem de fructu obiicient, dicent enim mihi fortasse aduersarij, si duo possent ut ais, rem insolidum ciuiliter possidere, facerent profectò, & insolidum fructus suos, quod fieri nequaquam posse Doctores aiũt, ut ex eorum scriptura in .d. §. ex contrario patet.

Ad hoc igitur reiiciendum, eadem quæ supra de dominij quæstione dicta sunt, repetantur, est enim quasi eadem oppositio, uel dicas duos non posse fructus suos insolidum facere, quia nõ possunt simul insolidum eundem fundum colere, fructusq; insolidũ colligere, ergo &c.

Possidere insolidum ciuiliter duo possunt

Stet igitur conclusio hæc duo plurèsue possunt eandem rem insolidum ciuiliter possidere.

Nec huic conclusioni aduersatur tex. in. l. iij. §. ex contrario. ff. de acqui. pos. propterea q; loquitur de naturali possessione, id quod exemplum, ibi positum satis demonstrat. Dixerat enim, Iureconsf. in prin. plures non posse insolidum eandem rem possidere, subdit deinde exemplum, inquiens, non magis eadẽ possessio, apud duos esse, potest, quam ut tu stare uidearis, in eodem loco, in quo ego sto, uel in quo ego sedeo, tu sedere uidearis, hoc enim exemplum, naturali, non ciuili possessioni consentaneũ est. nam hoc modo Iureconsf. ducit argumentum, quemadmodum non possum ego sedere, ubi tu sedes, ita non possum ego arare, ibidem ubi tu aras, nec colligere eosdem fructus, quos tu colligis, id quod est naturaliter possidere, ut dicit glos. in. l. ij. C. fin. regun. in uerbo finiatur. Eadem ratione, nec usufructuarius, & usuarius possunt insolidum naturaliter possidere, non enim possunt simul insolidum eosdem fructus colligere.

Possidere insolidum duo naturaliter nõ possunt

Errauit itaq; Bar. in. d. §. ex contrario num. x. ubi ait, naturalẽ

possessionem, posse apud duos insolidum esse, firmat hoc per .l. ult. §. fi. ff. uti possi. ubi Iureconsi. non dicit id, ad quod à Bar. citatur, non enim ait, usufructuarium, & usuarium insolidum possidere, sed dicit alterum usum alterum sibi usumfructũ tueri, quod facilè fieri potest. Nam usuarius tantum fructuum, ex fundo colliget, quantum satis erit, singulis diebus ad uitam, reliquos autem perciperet usufructuarius, non igitur possident insolidum, sed prò parte, pro indiuiso. Ita tenet ibi glos. cui potius assentior. Dico tamen, usufructuarium, & usuarium posse eandem rem insolidum possidere ciuiliter. Habent enim quandam possessionem ex naturali, ac ciuili, mixtam, ut supra dictũ est, in quæstione de usufructuario. Respectu igitur ciuilis possessionis, poterunt eandẽ rem insolidum ciuiliter possidere, cum ex nostra sententia, possint plures ciuiliter insolidum possidere, ut dictum est supra.

Vsufructuarius & usuarius eandẽ rẽ insolidum possidere ciuiliter possunt

Quod autem possint duo insolidum possidere, apertè ostendit Paulus in.l. si duo. ff. uti possi. cuius hæc sunt uerba, si duo possideant insolidum, & cætera. Posset ne, hoc clarius dici? si duo inquit, possideant insolidum, aut igitur naturaliter, aut ciuiliter possident, naturaliter nequaquam, id enim fieri non posse supra demonstratum est. Nam quemadmodum impossibile est, ut duo simul in eodem loco stent .d. §. ex contrario. Ita impossibile est, ut duo simul eundem locũ insolidum arent, ac seminent, simulq́ eosdem fructus insolidum percipiant, & hoc ipsum est, naturaliter possidere, ut dicit glos. in. d. l. ij. C. fini. reg. Restat igitur, ut lex illa, intelligatur de ciuili possessione, qua duo, plurèsue facile insolidum possidere possunt, ut supra liquide demonstratum est.

Ex supradictis audacter dicito, duos pluresue facilè posse eandem rem insolidum ciuiliter possidere.

Ex suprascriptis etiam facilè rejici potest opinio glos. mag. in fi. in. l. i. C. de ser. fugit. quam refert, & sequitur Ias. in. ix. col. ubi in hæc uerba ait. Donec dominus retinet ciuilem rei cuispiã possessionem, quæ in absentia solo animo retinetur .l. clam possidere. §. qui ad nundinas .ff. de acqui. pos. alius naturaliter possidens, non potest interim præscribere, nec præscriptionem inchoare, nisi transeat tantum temporis, quo uerisimiliter, inducatur obliuio. puta decennium, & sic amittatur ciuilis possessio, quæ animo tenebatur, tunc elapso decennio, per quod uerisimiliter obliuio inducitur, potest inchoari præscriptio per illum, qui est in naturali possessione, non ante, hæc ille ad uerbum.

Hæc quidem opinio profectò, Imperatori, Insti. de usucap. §. & ideo, apertè aduersatur, vbi ait, res immobiles usucapi inter præsentes decennio, & secundum opinionem glos. supradictam, uiginti annis opus esset. Magis itaque Imperatori quam glos. & Ias. opinioni credendum est.

Nec obstat dum ipsi aiunt, eum, qui tenet bona fide, & titulo fundum alicuius, ciuiliter non possidere, eo quòd ille à fundo absens ciuiliter possideat. d. §. qui ad nundinas, nam ex sententia nostra, & absens, & præsens, potest ciuiliter possidere, supra enim apertissimè probatum est, posse duos insolidum ciuiliter possidere. Si igitur is, qui fundum à non domino emit, & titulo & bona fide ciuiliter possideat, nihil obest, quin possit præscribere. Insti. de usucap. in prin. decennio igitur inter præsentes, & uiginti inter absentes præscribet is, qui à non domino, rem bona fide emit.

LXXIII. Declaratio, an possessio ciuilis, sine naturali acquiri possit.

Possessio ciuilis an sine naturali possit acquiri

QVærunt præterea scribentes, an ciuilis possessio, sine naturali possit acquiri. In hac quæstione, alij, alia dixerunt, ut in. l. clam possidere. §. qui ad nundinas. ff. de acqui pos.

Possessio naturalis diuiditur in duas partes

Tu uerò omissis illorum altercationibus, dicas, naturalem possessionem, uti genus, in duas diuidi species. Quarum una, est illa rei corporalis apprehensio, corpore, & animo simul, uel saltem oculis, & affectu: Et sine huiusmodi naturali, ciuilis possessio minime acquiri potest, & hæc est illa naturalis, de qua loquitur Neratius. l. iij. §. Neratius. ff eo. Dum ait, nõ posse nos acquirere possessionem, supple tu ciuilem, nisi antecedat naturalis possessio. de quo, ratio hæc reddi potest.

Possessio ciuilis quare non potest acquiri sine naturali quæ ẽ illa apprehensio ratio

Nam quemadmodum, non potest quis habere in phantasia speciem, seu similitudinem alicuius rei, ut puta fundi, nisi primò saltem oculis, eum apprehendat, ita non potest quis ciuilem possessionem alicuius rei acquirere, priusquam illam, ita ut supra diximus apprehendat, quæ apprehensio, dici solet, possessio naturalis.

Quemadmodum enim natura constituit, ut quis etiam absens, possit rem aliquam uidere, per ipsius similitudinem á phantasia perceptam,

perceptam, in eaq; existentem. Ita ciuitas constituit, ut quisque per illam rei similitudinem, quam sua retinet phantasia, possit rem ipsam, etiam absens possidere: quæ possessio dicitur ciuilis, eo quia à ciuitate introducta est. Quicunq; igitur, uult alicuius rei ciuilem possessionem acquirere, oportet, ut prius ipsius rei possidendæ similitudinem acquirat. Siue per se ipsum, siue per instrumena animata, ut puta per filium, uel per seruum, uel per procuratorem, hi enim dicuntur animata instrumenta Aristo. i. Polit. .l. quod meo. §. i. ff. de acqui. pos. ibi, procurator alienæ possessionis præstat ministerium. Animata instrumenta que

Itaq; si uelimus ciuilem possessionem acquirere, oportet per nos ipsos, uel per eiusmodi instrumenta, prius acquiri ipsius rei similitudinem, alioquin ciuilis possessio sine ea acquiri minime potest, quæ possessio ciuilis, postea quam per filium, uel per seruum, uel per procuratorem, uti per instrumenta, est acquisita, confestim nobis acquiritur .l. i. §. item acquirimus & .§. per procuratorem .ff. de acqui. pos. & .l. placet .ff de acqui. hæred. Et quemadmodum dicimus obligationem commodati uel depositi, seu uerborum, nō posse à principio contrahi, sine re, uel uerbis. Insti. quib. mod. re con. oblig. & de uerb. oblig. tamen. ea obligatio, per filios, uel per seruos nostros, uti per instrumenta, uel re, uel eorum uerbis acquisita, statim sine uerbis, sineq; re nobis acquiritur. Insti. per quas pers. nob. oblig. acqui.

Ita dicendum est de ciuili possessione, quæ licet à principio, sine corpore, seu sine oculis, acquiri non possit, tamen corpore, uel oculis animatorum instrumentorum acquisita, potest nobis sine corpore, & oculis nostris acquiri, ualet enim argumentum à simili. Possessio acquiritur nobis per instrumenta animata sicut obligatio

Altera est species naturalis possessionis, quæ est usus quidam, natura introductus, quo, quis utitur re corporea, per se, uel per animata instrumenta, quo ad omnes & integros fructus, secundū naturam, ut supradictum est. Potest profectò sine eiusmodi naturali possessione, ciuilis possessio acquiri, potest enim unus esse in fundo, eoq; uti, arando, colendo, fructusq; colligendo, & ita naturaliter possidebit, poterit etiam alter ingredi eundem fundum, ea mente, & cogitatione, ut illum possideat, nō tamen eo utetur, nec colendo, nec fructus colligendo, quamobrem naturaliter non possidebit, cū naturalis possessio, sit usus quidā rei, si igitur ea mēte, et cogitatione, quis ingredit fundū, ut possideat, ergo possidebit, sed quonam modo? naturaliter quidem non, cum non utatur re,

colendo, colligendoq; fructus, & c. restat igitur, ut ciuiliter possideat, si ciuiliter, sequitur ut sine huiusmodi naturali possessione ciuilis acquiri possit. Et de hac secunda specie intelligenda est sententia dicentium, ciuilem possessionem absq; naturali acquiri posse.

LXXIIII. Declaratio, quæ possessio sit causa acquisitionis fructuum.

SOLET etiam quæri à Doctoribus in .d.§. ex contrario, quænam possessio sit causa acquisitionis fructuum, ciuilis ne, an naturalis, & ferè omnes aiunt esse ciuilem.

Tu uerò omissis, quæ dicũtur ab aliĳs, dicito fructuum aliquos esse naturales, aliquos ciuiles, naturales sunt, quos natura hominũ causa, procreauit. Natura enim omnes plantas, omnia animalia, omnesq; fructus, aliáue, quæ ad uiuendum homini necessaria sunt, produxit. Aristo. i. Polit & Genesis c. i. et ĳ. Omnes igitur fructus, qui ex terra, ac animalibus percipiuntur, naturales meritò appellandi sunt, quorum acquisitio prorsus naturalis dicẽda est, acquirimus enim ea, quæ à natura ad nostrum usum producta sũt. Quod autem huiusmodi acquisitio sit naturalis, claré demonstrat Aristo. i. Polit. ibi si lubet uideto.

Fructus naturales qui

Ciuiles autem fructus, sunt, qui non à natura, sed à ciuitate sunt instituti, ut pensiones domorum, uecturæ nauis, iumentorumq; hi enim fructus non natura sed iure percipiuntur .l. nauis. ff. de rei uendi. Bar. in. l. ex diuerso. ff. eo. in prin. Hæc acquisitio dicitur ciuilis, non autem naturalis, propterea q natura ipsa huiusmodi fructus non proueniunt, sed iure, hoc est ciuitatis constitutione, ut. d. l nauis.

Fructus ciuiles qui.

Ex his planè colligitur responsio ad quæstionẽ propositam. Quærebatur enim, quæ nam possessio esset causa fructuum acquisitionis. Dicito, acquisitionis fructuum naturalium, principem causam esse naturalem possessionem, non autem ciuilem, effectus n. suæ causæ debet esse cõsentaneus, caliditas .n. calidũ frigiditas frigidũ generat, nec caliditas frigidi nec frigiditas calidi, causa esse pot. Eiusdem enim iuris debet esse causa, cuius est effectus l manumissiones. ff de iust. & iur. Cum igitur, acquisitio fructuum naturalium, qui est effectus, procul dubio sit naturalis, i. Polit. sequitur, ut possessio, quæ est eiusmodi acquisitionis causa, sit etiam

Possessio naturalis est causa acquisitionis fructuum naturalium

naturalis ;possessio uerò ciuilis non secus causa acquisitionis natu ralium fructuum, dici potest, quam caliditas frigidi.

Stet ergo firma conclusio hæc. Possessio naturalis, quæ est usus quidam &c. ut supra demonstraui, est princeps causa acquisitionis fructuum naturalium. Hoc ipsum ostendit Imperator. Instit. de rer. diuis. §. si quis à non domino. Ibi, naturali ratione, placuit, fructus quos percepit, eius esse pro cura, & cultura, quod perinde est, ac si diceret, pro naturali possessione, colere enim, & curare fundum, quid aliud est, quam arare, seminare, fructusq; colligere, hoc autem, naturaliter est possidere, ut supra sæpius dictum est, & apertè ostendit glos. in. l. iij C. finis reg. in uer. finiatur. Dū ait, possideo, quia feci seminari, terram araui, & colui. Qui ergo arat, colitq; terrā, secūdū glos. possidet possidet in quā naturaliter & sic naturalis possessio, est causa acquisitionis fructuum naturalium ex sententia Imperatoris in. d. §. si quis à non domino.

Possessio ciuilis causa est fructuum ciuilium acquisitionis.

Causa uerò ciuilium fructuum, erit utiq; ciuilis possessio, oportet enim, ut ciuilis effectus, ciuilis sit causa arg. d. l. manum ssiones. ff. de iusti. & iur. Pensiones igitur, & uecturæ, & eiusmodi, qui sunt ciuiles fructus, per solam ciuilem possessionem, fortasse acquiri possunt, naturales uerò minime, ut supra patet.

Non obstat tex in. l. qui scit. §. in alieno. ff. de usur. Non. n. ibi necessariò probatur, per solam ciuilem, acquiri fructus naturales, sed solum ibi uertebatur controuersia, inter seium dominum seminis, & Titium emptorem fundi, de fructibus, qui orti erāt ex frumento seij, quod Gaius seuerat in fundo, bona fide à Titio empto, Seius enim dicebat, fructus ad se pertinere iure seminis, propterea q;, ex eo orti erant, contra, Titius asserebat, esse suos, iure corporis, ex quo percepti erant, seius huiusmodi mouebatur ratione, dicebat enim, semen est uti pater, & consequenter uti forma Aristo de genera. animalium. Terra uerò est ueluti mater, & per consequens uti materia. At forma, est nobilior materia. Aristo. .i. Phys. & est causa, ut res sit, forma enim est, quæ dat esse rei .l. Iulianus. ff ad exhiben. Habet igitur plus iuris, in re generata, quam ipsa materia. Quamobrem præferenda est, & consequenter dicendum erat, fructus ex semine ortos, eius esse cuius erat semen cum ut dictum est, semen sit uti forma.

Semen uti pater

Formaq; que dat esse rei

Ex aduerso Titius emptor asseuerabat, magis inspiciendū esse, ius corporis, ex quo fructus percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur adducebat per se l. partum. C. de rei uend. vbi Imperator ait, partum sequi matris, non patris conditionem. Item cita

bat. l. idem Pomponius. §. idem scribit. ff. de rei uend. Vbi, si equus tuus, pregnantem fecerit equam meam, quod natum est, nō esse tuum, sed meum, ait Iureconſ. Ex his legibus perspicuum est, id quod natum est ex equa, dandum esse ei, cuius est mater, nō autem ei, cuius est pater.

Ita in casu proposito, fructus dandi sunt Titio, iure soli, quod est uti mater, non autem Seio, iure seminis, quod habetur uti pater. Rationes Titij uisæ sunt urgentiores, Quamobrem, Titius bonæ fidei emptor, non facit fructus suos, quód solū ciuiliter possideret, ut aiūt Doc. sed ꝙ bona fide emerat fundum, & ideo quo ad fructus attinet, loco domini habetur. l. bona fide. ff. de acquir. rer. do. Hanc igitur ob causam, facit fructus suos, non quod solum ciuiliter possideat. Præterea ipse bonæ fidei emptor, non solum ciuiliter, sed etiam naturaliter possidebat, siquidem coluerat fundum, perceperatꝙ inde fructus, id quod est uerè naturaliter possidere. Seuerat tamen, ne decipiare, frumentum, quamobrem dum tex. dicit frumētum, intellige tu frumētum scilicet Seij, quod Gaius quidam seminauit. Non est igitur mirum, si Titius facit fructus suos, tum iure soli, ex quo percepti sunt, tum etiam iure naturalis possessionis: est enim tanta uis soli, ut si in meo fundo frumentum seueris; segetes & quod ex messibus à me collectum fuit, meum efficietur. Dum deinde subdit tex. collectum fuit, nō intelligas collectum á Gaio serente, sed à domino fundi, seu à bonæ fidei emptore. Is enim, quo ad fructus attinet, loco domini pené est: nam si is, qui bona fide frumentum seuit, collegisset fructus, fecisset eos profectò suos. §. si quis. Insti. de rer. diuiſ.

Ex his satis constat in. d. l. qui scit. §. in alieno. ff. de usu. non probari solam ciuilem possessionem esse causam acquisitionis fructuum naturalium. Nec. l. si fur. ff. de usufruc. probat per solam ciuilem possessionem fructus acquiri: nam ibi fructus fiunt proprietarij, ex eo quod est dominus fundi. Iure igitur soli, fructus ab alio quam ab usu fructuario percepti, fiunt proprietarij: non enim fieri possunt fructuarij, nisi ab eo percipiantur, ut ibi dicitur & in. §. is uerò Insti. de rer. diuiſ. Non ergo fiunt fructus proprietarij, iure ciuilis possessionis, sed iure soli, ex quo percipiuntur, ut ait Iureconſ. in. d. §. in alieno.

Possessio sola ciuilis nō ē causa acquisitionis fructuum naturalium.

Stet igitur firma conclusio hæc sola ciuilis possessio: non est causa acquisitionis fructuum naturalium.

Naturalis possessio: est princeps causa acquisitionis fructuum naturalium.

Ciuilis possessio, est præcipua causa acquisitionis fructuum ciuilium. Multa alia, & quidem noua, & pulchra fuerunt in hac materia possessionis latissimè dicta, & disputata á doctissimo domino Vaconio præceptore meo, dum eam publicè legeret, quæ ab aliquibus ex condiscipulis fuerunt scripta, quæ habere nõ potui.

LXXV. Declaratio, fructuum, & eorum acquisitionis.

CVM superius facta sit mentio fructuum, potest hic obiter quæri, Quot species fructuum apud nostros reperiantur. Doctores, & præsertim Bar. in. l. ex diuerso. ff. de rei uend. Diuidentes fructus, ut genus aiunt. Fructuum alij ciuiles, ut pensiones domorum, uecturæ nauium, atq; iumentorum. Alij naturales, Rursus subdiuidentes naturales, inquiunt, Naturalium autem, alij industriales, in quibus plurimum hominis industria uersatur, ut segetes, legumina, & similia, alij stant in suo nomine, scilicet naturales, in quibus modica, aut nulla uersatur industria, ut poma, & similia, Hæc Bar.

Tu uerò membra diuisionis Bar. approbato, sed dum quosdã fructus naturales appellauit industriales, ei minime assentias. Et ut bene percipias, scito, omnes plantas esse naturales, habent enim in se principium mouendi, & quiescendi, inestq; illis anima uegẽtatiua, propter quam generantur, nutriuntur, augenturq;. Quod autem omnes plantæ sint natura ipsa manifestè probat Aristo. in. .ij. Phys. in prin. & de hoc nemo est qui dubitet. Plãte sunt naturales.

Præterea, ea quæ sunt naturalia, eorum etiam partes sunt naturales, Exempli causa, Homo est corpus naturale, manus, pedes utiq; eius partes sunt etiam naturales, ut ibidem Aristo. sequitur, itaq; cum plantæ sint naturales, ut earum etiam fructus dicantur naturales, cum sint illarum partes. Exẽplum.

Ex his patet, & plantas, & eius partes, uti fructus, sine dubio esse naturales, naturales autẽ nullo iure. nulloq; facto mutari possunt. ut Insti. in. §. fi. de iur. natur. Quonam igitur modo, appellantur industriales. Respondetur, quia in his uersatur hominis industria, & opera, scilicet in serendo. Sed ista non dant formam, nec incrementum segetibus, nec earum fructibus, sed natura ipsa, mediante anima uegetatiua, ut ex philosophis satis constat, & à forma, res nomen, & speciem accepit. Sed natura est forma, Fructus industriales.

non autem industria hominis. Merito igitur dicendi sunt naturales, & non industriales, Nec obstat quod hominis opera seminantur nam & homo hominis opera seminatur, & tamen hominis corpus, nemo auderet appellare industriale, cum prorsus sit naturale. Non ne, etiam arbores, hominum industria ponuntur, & tamen nemo est, qui eas appellat industriales. Quis enim diceret arborē esse industrialem? si arbor non dicitur industrialis, quæ inmediate hominum opera plantatur, multo minus illius fructus dicendi sunt industriales. Cum non hominum opera, sed natura ipsa, proueniunt, quæ enim cura, quæ ue hominis industria potest efficere, ut in segetibus, atque in arboribus nascantur fructus? nulla profecto, non sunt igitur dicendi industriales.

Forma ihomine duplex. Sed defendendo Bar. dicas, quemadmodum in homine, potest reperiri duplex forma, una substātialis, quæ dicitur homo, & hæc est ab ipsa natura. Alia accidentalis, ut est musicus, hæc aūt acquiritur ab hominis diligentia, & cura. Additque etiam homini nomen, ut non solum dicatur homo à forma substantiali, sed etiam dicatur homo musicus ab ipsa forma accidentali.

Fructus naturales industriales. Ita fructus, licet dicantur à natura, naturales, tamen nihil obstat quin etiam à forma accidentali, hoc est ab hominis industria, industriales appellentur. Dicanturque naturales industriales, ueluti homo musicus ut sunt frumenta, legumina, & alia eiusmodi hæc enim diligentia, & opera hominis proueniunt hoc est nascuntur, si enim non sererentur ab homine, utique non nascerentur. Et quemadmodum homo in quo non est forma accidentalis, simpliciter dicitur homo, non autem homo musicus. Ita fructus, qui non operat, & facto hominis proueniunt, dicētur simpliciter naturales non autem naturales industriales, ueluti castaneæ, glandes, nuces, auellanæ, & eiusmodi, hæc enim absque diligentia, & opera hominis, natura ipsa nascuntur.

Fructus naturales. Quamobrem ita diuidito, fructuum.

Alij naturales

Alij merė industriales.

Alij ciuiles.

Naturales, sunt omnes, quæ ex hærbis, arboribus, & animalibus nascuntur, ut patet ex supradictis, & apertė ostendit Aristo. in .1. Polit.

Fructus merė industriales. Merė industriales dicuntur, qui non sunt natura ipsa, sed opera & hominum industria acquiruntur, ut sunt, numi acquisiti, ex mercatura, & ex numularia, & eiusmodi. Hi enim per pu

tiam, & artem hominisq; industriam proueniunt, ut inquit idem Aristo. i. Polit. Numus enim à natura, non est inuentus, ut ibidem.

Ciuiles sunt ueluti numi, ex pensionibus, ex uecturis nauis, iumentorumq; atq; usura acquisiti. Hi enim fructus, non natura ipsa, sed iure proueniunt, seu percipiuntur, ut .l. si nauis .ff. de rei uend. Fructus ciuiles

Rursus fructus naturales, ueluti genus subalternum,

Alij dicuntur mere naturales.

Alij naturales industriales, ut ex supradictis patet.

Si quæratur, quos fructus facit suos, bonæfidei possessor. Dicito à bonæ fidei possessore, sine dubio, acquiri, merè industriales, ciuiles, & naturales industriales: Mere uerò naturales minime. Nã bonæ fidei possessor, pro cura & cultura, facit fructus suos, ut Insti. de rer. diuis. §. si quis à non domino. Quamobrem eos, qui sine cura, & cultura proueniunt hoc est nascuntur non facit suos, cum eius facto, non nascantur. l. fructus. ff. de usur. Possessor bone fidei quos fructus facit suos.

Sunt igitur fructuum hæ species.

Ciuiles, Merè industriales, Merè naturales, & Naturales industriales. Fructus naturales industriales

Quærunt ibidem Doctores, an oleum, uinum, lac, & lana dicẽdi sint naturales, an industriales fructus, scribentes in uarias sententias distrahuntur.

Tu uero collige responsionem ex Aristo. in ij. Phys in prin. Ibi enim quæritur, an lectica, & uestis sint naturales, an artificiales. Respondet Aristo lectica, ut est lectica, hoc est, pro ut nomen, & formam habet ab arte, dicenda est artificialis. At si respicias materiam, unde facta est, facta est enim ex lignis, quæ sunt naturalia, habent enim in se principium motus, & quietis, lectica illa dici potest naturalis.

Idem dicendum est de ueste, nam ut habet formam & nomen, ab artificio est artificialis, prout autem in ea est materia, ut puta lana, uestis est naturalis, lana enim est naturalis.

Ita in quæstione proposita uinum non fuit inuentum à natura, sed ab hominis industria, fuit enim inuentum a Noe, prout igitur est diuersa species ab uuis fit industria hominis. §. cum ex aliena Insti. de rer. diuis. dicendumq; est fructus industrialis fit enim diligentia & opera hominis arg l. bonæ fidei. ff de acqui rer. domi. Sed prout est liquor quidam ex uuis expressus, appellandus est fructus naturalis, Ille enim liquor, habet in se principium mo- Vinum fructus industrialis

tus & quietis, hoc est alterationis, & corruptionis, nam alteratur, & tandem corrumpitur, ergo naturalis .ij. Phys.

Fructus naturales industriales

Idem dicendum est de oleo, oleum itaque & uinum sunt fructus naturales, industriales. Sed quia antequam uini, & olei liquores hominis industria ex uuis, exque oliuis exprimantur non sunt in actu, uinum & oleum, sed in potentia, At cum expressi fuerunt, sunt in actu, & accipiunt nouam speciem, & consequenter noui formam. d. § cum ex aliena. Et unum quodque magis appellandum est ex eo, quod est, id actu, quam ex eo quod est in potestate, seu potentia. Aristo. i. Phys.

Vinum & oleum dicendi sunt fructus industriales

Quamobrem, uinum, & oleum, magis dicendi sunt industriales, cum industria sint actu, hoc est diligentia, & opera hominis, fiunt talia. Et hanc ob causam bonæ fidei possessori, prorsus acquiruntur. d l. bonæ fidei, & .l. fructus. ff. de usu.

Quid autem dicendum sit de lacte, caseo, lana & ueste. Ex supradictis facilè colligi potest, lana tamen magis est similis pomo, quam uino, & oleo. Nam pomum licet facto hominis ex arboribus decerpatur, tamen quia ex facto eius, is fructus non nascitur, non dicitur industrialis, nec fit bonæ fidei possessoris. ut. d. l. fructus. ff de usu.

Lana uidetur fructus merè naturalis

Ita lana, licet facto hominis separetur ab ouibus, non tamen facto eius nascitur, est enim eadem lana, postquam est tonsa, quæ fuerat, & ante, erit igitur fructus merè naturalis.

Itidem de lacte dicendum est, licet enim hoc ex animalium huberibus, facto hominis exprimatur, non tamen ex facto hominis nascitur, nec nouam subit speciem, si quidem in huberibus, & extra hubera, dicitur lac, & est lac. Aristo. i. Polit. Ait quædam uerò pariunt uiuentia, & habent in se ipsis alimentum, ad natorum educationem, quam naturam lactis dicimus.

Vinum uerò & oleum in uuis, & oliuis, non est, nec dicitur uinum, nec oleum, sed facto hominis fit noua species, & nouum acquirunt nomen.

Idem, & de caseo dicendum est. d. §. cum ex aliena Insti. de rer. diuis. Non est igitur mirum, si dici debeant naturales industriales, ut supra de alijs demonstratum est.

Et licet lana, & lac, facto possessoris, non nascantur, quemadmodum & pomum, differunt tamen à pomo, pomum enim absque possessoris cura nascitur, solum enim possessor, ex arbore decerpit. Quamobrem non fit bonæ fidei possessoris, cum nec eius facto nascatur, nec aliqua cura possessoris indigeat. d. l. fructus.

At

At lana, & lac, licet facto possessoris, non nascantur, tamen non sine eius cura nascuntur, nisi enim possessor bonæfidei, pasceret oues, easq; custodiret, ne à lupis offenderentur, utiq; oues, nec lac, nec lanam produceret. Hanc igitur ob curam, bonæfidei possessor facit, & lac, & lanam suam, & hoc est, quod inquit Imperator in .§. si quis à non domino, Insti. de rer. diui, vbi ait, placuit fructus, quos percepit, eius esse, pro cultura, & hoc refertur ad fructus, qui cultura hominum nascuntur, ut frumenta, legumina, & similia, ut dictum est, qui appellantur fructus naturales, industriales Addit Imperator & pro cura, & hoc refertur ad fructus, qui non nascuntur hominum cultura, ut est lac, & lana, sed pro cura, quam adhibet, ut dictum est, in omnibus custodiendis, facit eos proculdubio suos. Ratio quæ obiẽ bonæ fidei possessor facit lac & lanã suam non autem poma.

Collige igitur ex supradictis, quatuor esse fructuum species. Fructum quatuor species

Ciuiles, ut pensiones domorum, nauium, iumentorumq; uecturæ.

Naturales tantum, ut poma, lac, & lana.

Naturales industriales, ut frumenta, legumina, & eiusmodi, quæ industria hominum nascuntur.

Industriales tantum fructus, sunt numi, qui acquiruntur ex mercatura, & numularia arte.

Bonæ fidei igitur possessor, facit omnes fructus suos, partim pro cura, & partim pro cultura. Omnes inquam, hoc est ex omnibus speciebus, non tamen omnia specierum indiuidua, utputa acquirit ciuiles omnes, item naturales industriales omnes, item solum industriales omnes. Merè uerò naturales, non omnes, sed aliquos siquidem sub hac specie merè naturalium, continentur quidam, qui cura possessoris indigent, ut lac, & lana, & hos facit suos. ut. l. sequitur .§. lana. ff. de usucap. Quidam autem licet ea specie cõtineantur, non indigent possessoris cura, ueluti poma, & hos non facit suos. l. fructus. ff. usu.

Et hoc modo intelligitur tex. in. l, bonæfidei. ff. de acqui. rer. domi. Vbi Paulus ait, bonæfidei emptorem facere fructus suos, non tantum eos, qui diligentia, & opera eius proueniunt, hoc est nascuntur, idest naturales industriales: Et ita ibi Paulus loquitur de una specie. Subdit postea, sed etiam omnes, intellige tu, ex omnibus speciebus, & sic etiam acquirit aliquos ex specie fructuum naturalium tantum, ut est lac, lana: aliquos verò non, ut poma, ut d. l, fructus. Et dicitur in l. bonæfidei, quia quo ad fru- ·l bonæ fidei. ff. de acqui. rer: dom: declaratio

ctus attinet, loco domini penè est: Ostendit igitur, quemadmo dum dominus rei, facit fructus omnium specierum suos, imme singulos cuiusque speciei.

Ita bonæfidei possessor facit fructus ex omnibus speciebus suos, non tamen singulos cuiusque speciei; non enim facit singulos fructus, qui sub specie merè naturalium continentur. Nam poma quæ sine cura sua ueniunt, sua non facit, ut dictum est. Hanc ob causam dicitur in tex. penè. & hoc modo ille tex, concordat, cum lege fructus, & hoc innuit glos. in uer. penè.

LXXVI. Declaratio .l. iii. §. in amittenda, & l. quemadmodum. ff. de acqui. posses. quæ uidentur omnino contrariæ.

Interlocutores.

Lælius, & Fabius.

LAElius, Salue mi Fabi. Fab. O mi Læli, & tu salue, Quamobrem ita cogitabundus incedis? Læl. nunc mecum animo cogitabam, te ipsum conuenire. Fab. quid est quod me uelis. Læl. ut me à cogitatione, quæ animum meum iam dudum uexat, hodie liberes. Fab. libentissime id agam, si possum. Læl. potes profectò? Noui enim naturale tui ingenii acumen, id quod ab alio accipere, aut discere nullo modo possumus. sed Dei donum est. Fab. & quando didicisti adulari? Læl. adulari? absit, semper enim uerax esse curaui. Adulator enim amicus non est, sed suum quærit commodum, teste Arist. 4 Eth. Fab. certè id quod cogitas, debet esse, nodus maximoperè implicitus, cum illum tuo perspicaci ingenio. quod bene iamdudum noui, nequeas dissoluere. Læl. Nodus ille Gordiacus profectò uidetur, qui in hunc diem à nullo extricari potuit. Fab. erit igitur opus illo Alexandri regis gladio. Læl. spero immo certo scio, illum tuo ingenio posse facilè dissolui. Fab. si ita in me confidis, tentandum est. Quæ est igitur ista cogitatio, quæ tantopere te excruciat. Læl. cum primum huic ciuili facultati operam dare cœpi, passim audiui à doctoribus dici, nihil in iure esse contrarium, Fab. & tu non ne ita esse arbitraris. Læl. minime Fab. quamobrem. Læl. quia nuper inueni duo Iurisconsulti responsa, quæ inter se omnino pugnant.

Adulator nõ ẽ amicus

Fab. uidentur fortaſſe pugnare. Læl. immo aperte alterum alteri aduerſatur. Fab. dic ubi ſunt. Læl. ſub titulo de acqui. poſſeſ. Fab. cuius ſunt reſponſa. Læl. Pauli. Fab. Qui fieri poteſt, ut Paulus ille, uir prudentiſſimus ſibimet aduersetur. Læl. Ita eſt. Fab. oſtende quæſo, quonam modo reſponſa tanti uiri inuicem pugnent. Læl. Audi igitur.

In .l. poſſideri. §. in amittenda, Paulus ait, poſſeſſionem animo ſolo amitti. In .l. uerò quemadmodum, ipſemet in hæc uerba ait. Quemadmodum nulla poſſeſſio, acquiri, niſi animo, & corpore poteſt: ita nulla amitti, niſi animo & corpore poteſt. Hæc cũ ait Iureconſultus, nonne pugnantia loquitur, maximeq́ contraria? Fab. uidetur ita loqui. Sed quid de hoc ſentiunt ſcribentes. Læl. Varij, uarias dant ſolutiones, ſed ſunt tales, ut ſe ipſæ deſtruant, refellantq́: & tandem ferè omnes, ſolutionem gloſ. uti minus malum confirmant: Minus enim malum, boni locũ obtinet. ut ait Ariſto. in .v. Ethic. Fab. & gloſ. quomodo ſoluit. Læl. in .d. §. in amittenda, in uerbo, animo ſolo. in uerſ. uel dic ſecundum Ioãnem in hæc uerba ait.

Minus malum boni locum obtinet.

Si incipias à corpore, utrũq́ neceſſe eſt in perdendo, & in hoc caſu loquitur dicta lex quemadmodum, & .l. ferè. ff. de reg. iur. ſecus inquit ipſa, ſi ab animo incipias, ut .d. §. in amittenda, ubi certè ab animo inceptum eſt, quod patet, ibi, Itaq́ ſi in fundo ſis Fab. eſt ne aliquis, qui hanc gloſ. ſolutionem mordeat. Læl. maximè. Fab. quis nam. Læl. inter alios eſt Iaſon in .d. §. in amittẽda. Fab. qua ratione id facit. Læl. dicit, huiuſmodi gloſ. ſolutionem, apertè confundi per .d. l. ferè, in æquiparatione ibi facta: Nam inquit ipſe, in acquirenda poſſeſſione, ſemper, & corpus, & animus requiritur. d. l. quemadmodum in prin. nec diſtinguitur, à quo incipias. Ergo idem dicendum eſt in amittenda, cuius contrarium dicitur in .d. §. in amittenda, uerſ. igitur. Hæc Iaſ. ad uerbum, pro quo facit illa dictio, ita, poſita in .d. l. ferè, quæ ſimilitudinem ſignificat: Oſtendit enim amiſſionem poſſeſſionis, ſimilem eſſe acquiſitioni, & ſic in utraq́ requiri corpus, & animum. Fab. & ipſe Iaſon quid dicit. Læl. ait ille. Difficile eſſe realem ſolutionem reperire, & quòd ſemper ſuper huiuſmodi contrario dubitauit. Fab. & tu mi Læli, quid ais. Læl. tuam ſolutionem ſollicitè expecto. Tu enim mi Fabi, pro tua ſingulari humanitate, eximiaq́ doctrina cõtrarias haſce leges enodabis. Fab. morem tibi geram. Sed oportet quædam prius præmitti. Læl. fac, ut lubet, & ego attentè audiam.

Solutio gloſſe.

Possessio naturalis ē usus

Præmitto igitur possessionem naturalem, esse usum quendam, .l. quæstio. ff. de uerb. sig. is enim, qui fundum naturaliter possidet, fundo utitur, ad eum usum, ad quem à natura ordinatus est, utpote, arando, seminando, colligendòue fructus, seu pecudes pascendo, & huiusmodi. Qui enim talia facit, naturaliter possidet. Lęl. & qui fundo insistit, licet hæc non faciat, non ne naturaliter possidet, Fab. minime, sed solum insistit. Non enim sequitur, es in fundo, ergo possides, quod patet ex responso Pauli in. d. §. in amittenda, Nam si in fundo sis, & tamen nolueris eum possidere, statim amittis possessionem, ut ibi patet. Potes igitur esse in fundo, & eum naturaliter non possidere. Econtrariò non potes naturaliter fundum possidere, & non esse in fundo. Possidere igitur naturaliter fundum, nil aliud est, quam fundum colere, & de hoc plenè uideas supra in declaratione naturalis possessionis. Lęl. noua sunt hęc. Fab. certè. Assentiris ne, Lęl. Perge modo, nolo tę interpellare. Fab.

Possidere naturaliter nō dicitur qui fundo duntaxat insistit

Voluntas ē domina animę potētiarum

Scito etiam uoluntatem esse dominam, imperatricemq́ potentiarum animæ, & membrorum corporis, quibus utitur ad agendum uti instrumentis. S. Tho. i. ij. Ar. vi. S. Antonin. de impe uolun. §. v. Lęl. hæc ita esse arbitror. Fab. Scito præterea, duplicem esse uoluntatis actum, Elicitum scilicet, & Imperatum. Lęl. Qui nam est actus Elicitus? Fab. is est, qui immediate ab ipsa uoluntate procedit, utpote uelle, nolle, amare, desiderare, & huiusmodi. Lęl. & Imperatus? Fab. qui, à uoluntate, alijs potentijs imperatur, utpote, uoluntas imperat potentiæ uisiuæ, ut uideat. Præterea, imperat potentiæ motiuæ, quæ est affixa neruis, & musculis ut moueat corporis membra, utputa, pedes ad ambulandum, & manus ad operandum, & nulla potentia, quæ aliquo modo rationi obedit, mouetur, aut mouet, sine uoluntatis arbitrio. Ita san. Antonin. de libero arbitrio tit. iiij. Lęl. ex philosophia sumpta hæc sunt. Fab. & ius nostrum, non ne uera est philosophia? l. i. ff. de iusti. & iur. Lęl. ita est. Sunt ne ad huc alia, quæ præmittit uelis? Fab. sunt. Lęl. prosequere igitur, ut ad rem ipsam deueniamus.

Instrumēta dicunt aliquo mō facere

Fab. adde, quod facere multis modis dicitur. Vno modo, artifex, uelut princeps, agens, facit, alio modo instrumenta faciunt. Et ideo lapides, gladij, manusue occidere dicuntur, quia ueluti instrumenta id agunt. Aristo. in. v. Ethic. & ibi. S. Thomas. Instrumenta itaq́ dicuntur aliquo modo facere. Vnde. S. Thom. in opusculo de occultis naturæ, ait, sectio præcipuum est opus artificis, secundario est opus serræ, Lęl. in hoc assentior, est ne aliud,

quod præmitti oporteat? Fab. est. Lęl. Agendum, ne moreris.

Fab. Postremò hoc maxime est tibi memoria tenendum. Lęl. quid. Fab. duas esse regulas, & quidem ueras. Lęl. quæ nam hæ sunt. Fab. Prima est hæc, uidelicet ad faciendum aliquid, utputa, ad pingendum, & animi & corporis, ueluti animæ instrumenti, operatio necessariò requiritur.

Regula prima ad faciendum requiritur animi & corporis operatio

Secunda est, ad non faciendum, utputa ad non pingendum, corporis operatio minimè requiritur, sed sola animi operatio sufficit. Lęl. si non est tibi molestiæ, uelim ut utriusque regulæ exemplum subijcias. Fab. libentissimè id faciam. Res enim exemplis clarior fit. Audi igitur. Ad faciendum, utputa, ad pingendum, necessario requiritur, actus uoluntatis elicitus, necesse est enim, ut pictor, ad hoc ut pingat, uelit pingere, prius enim pictor saltem secum dicit, uolo pingere, & istud uelle pingere est actus uoluntatis elicitus, ut supra dictum est. Sed hoc non sufficit nam si millies diceret, uolo pingere, utique non pingeretur, nisi actus uoluntatis imperatus interueniat, hoc est, nisi uoluntas imperet potentiæ motiuæ, ut moueat manus ad facienda lineamenta, nec hoc satis est, nisi potentia motiua, moueat manus, uti instrumentum ad pingendum, & manus, tanquam animæ instrumentum operetur. Vides ergo quot requirantur ad faciendum. Lęl. numerato, si placet, quot sint. Fab. quatuor inquam, uidelicet, Actus uoluntatis elicitus, actus imperatus. Item operatio potentiæ motiuæ. Item operatio corporis, hoc est manus, quæ est animæ instrumentum, Lęl. satis mihi in hoc iam factum est. Velim secundæ regulæ exempla subijci. Fab. morem geram; audi igitur.

Regula secunda ad nō faciendum nulla corporis operatio requiritur

Exemplum

Ad non faciendum, hoc est ad non pingendum, necessariò requiritur actus uoluntatis elicitus, hoc est, ut pictor dicat, nolo pingere, sed hoc non sufficit, nam licet dicat, nolo pingere, si tamen potentiæ motiuæ, moueant manus ad pingendū, certè adhuc pingitur. Necesse est igitur, ut actus uolūtatis imperatus intercedat hoc est, ut pictoris uoluntas imperet potētiæ motiuæ, ne amplius moueat manus ad pingendum, id quod si fiat, amplius non pingitur. Vides ergo, quòd ad non pingendum non requiritur corporis operatio, quæ necessariò ad pingendum requirebatur.

Lęl. quorsum hęc. Fab. ex his facilè eas leges, quas esse contrarias arbitraris, concordes esse, uel inuitus fateberis. Nam quemadmodum ad pingendum, & animi, & corporis operatio necessaria est, ita ad possidendum utraque requiritur.

Similitudo: Et quemadmodum ad non pingendum, corporis operatio non requiritur, ita ad non possidendum nulla corporis operatione opus est, sed sola animi operatio sufficit.

Illa igitur, quæ requiruntur ad pingendum, requiruntur ad possidendum, Et illa quæ requiruntur ad non pingendum, requiruntur etiam ad non possidendum, exempli causa. Si quis uelit possidere, necessè est, ut saltem secum dicat, uolo possidere, & hoc ipsum uelle, est actus uoluntatis elicitus. Item requiritur actus imperatus, hoc est, ut uoluntas imperet potentiæ motiuæ, ut moueat pedes, ad intrandum in fundum, & manus ad colendum. Præterea necesse est, ut manus uti instrumentum, operentur, arando seminando, fodiendóue, aliáque faciẽdo, quæ is, qui naturaliter possidet, facere solet.

Possidere naturaliter sine corporis operatione nemo põt. Est itaque ad possidendum operatio corporis (ut uides) per necessaria, sine qua nemo naturaliter possidere potest. l. possidere in prin. ff. de acqui. pos. Læl. uera esse ista hæc uidentur: Sed, ad non possidendum, non ne requiritur etiam corporis operatio? Fab. minime, sed sola animi affectio, intuenda est, hoc est, ut is, qui possidet, saltem secum dicat, nolo possidere, deinde uoluntas, imperat potentiæ motiuæ, ne moueat manus, quo facto, manus nõ motæ, non arant, neque seminant, neque aliud tale faciunt, & consequenter, is, qui naturaliter possidebat, amplius non possidet; cum possessio naturalis, sit usus, ut supra dictum est.

Vides itaque, quod ad non possidendum, corpus nihil facit, & tamen ad possidendum, necesse est, ut corpus, hoc est, manus, uti animæ instrumentum, aliquid faciat. Est igitur corporis operatio ad possidendum necessaria, quemadmodum instrumentum artificis in opere faciendo, si opus confici debeat. Aristo. i. Polit.

Ex supradictis clarè constat possessionem solo animo amitti. Acquiri autem non posse sine corporis operatione, & hoc dicit Paulus in. d. §. in amittenda. Læl. cogerer ad hanc tuam sententiam accedere. Sed lex quemadmodum, compellit me, referre pedem. Fab. quamobrem te reuocat? Læl. quia huic tuæ sententiæ aduersari penitus uidetur. Fab. dicas quæso, qua ratione aduersatur. Læl. Paulus ibi, in hæc uerba ait, ut colligunt Doctores. Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi animo & corpore potest, ita nulla amitti, nisi animo & corpore potest. Fab. mi Læli, si ita Paulus scripsisset, profectò lex illa, sententiæ meæ penitus aduersaretur. Læl. & quomodo scripsit? Fab. hoc inquam modo. Ita nulla amitti; nisi in qua utrũque in contrarium

actum est. Læl. etsi uerba non sunt eadem, sensus tamen idem est. Fab. minime. Læl. quid aliud uolunt, sibi illa uerba, uidelicet, nisi in qua, utrunque in contrarium actum est, quam quód nulla possessio nisi animo, & corpore amitti potest. Fab. immo illa uerba demonstrant nullo modo in amittenda possessione corpore opus esse.

Læl. quid igitur uult ibi Paulus. Fab. hoc inquam. Quod quibus modis acquirimus, ijsdem in contrarium actis amittimus (ut ipse met ait) in .l. ferè. ff. de reg. iur. Læl. & hoc agere in contrarium, non fit etiam corpore? Fab. nequaquam, sed hoc ipsum in contrarium agi, solo animo fit. Læl. uelim ut hoc ipsum exemplo ostendas. Fab. libentissime obsequar. Audi igitur. Læl. Attentè audio.

.l. fere ī fi. ff de reg. iur. & .l. quẽadmodum deuer b. oblig. ff

Fab. Modi, qui in acquirenda possessione, interueniunt, hoc modo in contrarium aguntur, uidelicet, in acquirẽda naturali possessione, uoluntas ait, uolo possidere. Econtrario in amittenda, ait, nolo possidere.

Item, in acquirenda, uoluntas imperat potentiæ motiuæ, ut moueat manus ad colendum, Econtrario, in amittenda, uoluntas imperat eidem potentiæ, ne moueat manus.

Item, in acquirenda, potentia motiua, mouet manus, uti instrumentum, ad colendum. Econtrario in amittenda, potentiæ motiuæ non mouent manus.

Item, in acquirenda, manus motæ, mouent rustica instrumenta ad operandum. Econtrario in amittenda, manus non mouent aliqua instrumenta, & per consequens manus nihil operantur. Si enim in amittenda corpus operaretur, modi qui in acquirenda interueniunt, in amittenda in contrarium non agerentur, quod esset contra. d. l. ferè. ff. de reg. iur.

Vides mi Læli, quemadmodum omnes modi, qui in acquirenda possessione seruantur, in amittenda in contrarium aguntur. Vides præterea, hoc ipsum agi in contrarium, solo animo sine corporis operatione effici. Rectè Igitur Paulus ait, possessionem solo animo amitti posse, quamuis solo animo acquiri non possit.

Et ex his clarè, ut arbitror, constat Paulum in suis responsis, á se ipso minime discrepare. Læl. cogor, & ego iam idem sentire. Adeo enim apertè rem, in hunc diem implicitam extricasti, ut ambiguitati locus non relinquatur. Quamobrem tibi gratias ago. Fab. non mihi agendæ gratiæ, sed Deo, à quo lumen intellectus mirificè nobis tribuitur. Læl. quicquid agimus, ad gloriam Dei

agatur.

Sed dic quæso, si possideo per colonum, possum ne solo animo meo amittere possessionem? Fab. minime. Lęl quæ ratio reddi potest, cur non idem sit, & in hoc casu? Fab. si animo, & corpore meo possideo, si impero potentiæ motiuæ, ne moueat manus & hæ non moueantur, statim desino naturaliter possidere, & ita solo animo possessionem amitto, ut dictum est. Sed si animo meo, & corpore coloni possideo, licet millies dicam, nolo possidere, tamen si colonus fundo insistat, illumque colat, nõ desino possidere. Quemadmodum si pictor, diceret nolo pingere, & tamen eius manus ducant lineas, faciantque lineamenta, non desinit pingere, cum manus, uti eius instrumentum ad huc pingant. Est igitur opus, ut pictor non solum dicat, nolo pingere, sed etiam manus desinant pingere.

Ratio quare solo animo amitto possessionē & si possideo per colonum secus

Ita, si dominus dicat, nolo possidere, & colonus, qui est uti instrumentum animatum (ut inquit Aristo. 1. Polit.) adhuc colat, non amittit possessionem, sed oportet, ut colonus desinat colere: id quod solo animo efficitur, ut supra declaratum est. Quamobrē cum primum colonus meus dicit, nolo possidere, & deinde non colat, licet fundo insistat, amitto naturalem possessionem: Ciuilē uerò non, nisi & ego dicam, nolo possidere. Tunc enim utramque amitto. Lęl.

Colonus uti instrumētum animatum

Et quid si colonus meus non deferendæ possessionis causa, discesserit, amittam ne naturalem possessionē? Fab. minime, si eò redierit. l. si colonus. ff. de acqui. pos.

Lęl. ergo possessio naturalis animo coloni absentis retinetur. Fab. certè. Nam propter utilitatem receptum est, ut per colonū retineatur, & continuetur possessio. l. si de eo. §. si fortè. ff. eo. Lęl si possessio naturalis, ut ais, est usus. l. quæstio. ff de uerb. sig quomodo potest colonus, eam, re absente, retinere? Fab. uidisti ne unquã mi Lęli: uineam tuam. Lęl. sæpius. Fab. dic, quæso, nonne etiam nunc clausis oculis eam mente prospicis? Lęl. ita est prorsus, sed quonam modo id fit?

Fab. potentia tua uisiua uidens uineam percipit eius speciem, seu simililitudinem, eamque ad sensum communem defert, à quo phantasia illam accipiens, retinet, conseruatque, & ita anima etiam clausis oculis uidet uineam immaterialem, hoc est speciem uineæ perinde ac si oculis eam præsentem uideret. ita dicit. S. Thom. in opus. de poten. ani. Lęl. certè ita est, & nunc experior, sed quid tum? Fab. Agricola, qui in fundo arat, seu seminat, è fundo di-

scedens

ſcedens, illam arandi, ſeminandiq́ue ſpeciem, ſeu ſimilitudinem in phantaſia retinet, eamq́ue è fundo egreſſus, animo contemplans, uidet ſe arantem, ſeminantemq́ue æque ac ſi araret, & ſeminaret. Lęl. ita credo. Fab. eodem modo, colonus ſpeciem, ſeu ſimilitudinem illius naturalis poſſeſſionis, hoc eſt ſimilitudinem illius uſus qui dicitur poſſeſſio, ut. d. l. quæſtio. E fundo egreſſus in phantaſia retinet, & dum illam ſpeculatur, uidet ſe naturaliter poſſidentem. Et hoc modo poſſeſſio naturalis in phantaſia retinetur, id quod propter utilitatem receptum eſt. d. §. ſi forte.

Lęl. ſi ita eſt, ergo dominus abſens, eadem ratione naturaliter poſſidebit, quod falſum eſt. l. peregrè. §. qui ad nundinas. ff. de acqui. poſ. Fab. non eſt ita receptum in domino, ſicut in colono, ſufficit enim domino, ut directam ciuilem animo retineat. At colonus ſi è fundo diſceſſerit, directam ciuilem, quam non habet, retinere non poteſt, & ideo propter utilitatem receptum eſt, ut retineat naturalem. d. §. ſi fortè, hæc autem naturalis, ita animo coloni retenta, eſt etiam ciuilis; quia à ciuitate inducta eſt. Lęl. Si eſt naturalis, quomodo poteſt eſſe ciuilis? Fab. dic quæſo; obligatio naturalis, non ne etiam dicitur ciuilis? eo quod à iure ciuili comprobata eſt. §. i. Inſti. de oblig. Læl. negari non poteſt. Fab. Omne igitur, quod à iure ciuili comprobatum eſt, ciuile dici poteſt l. ius ciuile. ff. de iuſti. & iur. & d. §. i. Nam ius ciuile nil aliud eſt, quam conſtitutio ciuilis Societatis. Ariſto. i. Polit. & Inſti. de iur. na. gen. & ciuil. §. i. uerſ. Nam quod quiſq́ue. Sed quod poſſeſſio naturalis à colono, re abſente, retineatur à iure ciuili receptum, comprobatumque eſt, meritò igitur dicitur ciuilis, non ſimpliciter, ſed ciuilis utilis, eò quod propter utilitatem hoc receptum eſt. d. §. ſi fortè. l. ſi de eo. ff. de acqui. poſ. Si igitur poſſeſſio naturalis conſideretur, prout eſt uſus fundi, ſeu alterius rei. d. l. quæſtio, tunc eſt mera naturalis. At ſi conſideretur prout à colono, re abſente retinetur, tunc dicitur ciuilis utilis, & hæc animo coloni retinetur, ſicut directa ciuilis, ſine dubio animo domini retinetur. d. §. qui ad nundinas. Læl. Hæc equidem, nec legi, nec ab alio audiui. Fab. nec ego, ſed. §. ſi forte, cogit me ita dicere.

Poſſeſſio naturalis a colono abſente retenta dicitur ciuilis

Læl. Ergo ſunt tres ſpecies poſſeſſionis. Fab. tres profectò.

Poſſeſſionis tres ſpecies

Vna, dicitur directa ciuilis, quæ à domino, re abſente, retinetur.

Pos.ciuilis utilis que Pos.natura lis mera que

Altera, dicitur ciuilis utilis, quæ à colono, re absente, retinetur. Tertia, erit mera naturalis, quæ est rei usus. d. l. quæstio. Lęl. hæc ita uera esse uidentur, ut cogar assentiri.

Sed quid si colonus meus moriatur, amitto ne possessionem naturalem? Fab. non statim, sed tunc demum, cum eam adipisci neglexeris. d. §. si fortè. Læl. ergo mortuo colono meo, naturalem retineo. Fab. quidni, Læl. glos. in. d. §. si fortè dicunt ciuilē à domino retineri, ipsumq́ ciuilē amittere, si neglexerit, naturalē adipisci. Fab. si glos. considerassent uerba tex. utiq́ hoc non dixissent. Læl. quæ uerba? Fab. illud pronomen, eam, est. n. relatiuum substantiæ identitatis, quod refert eandē possessionē, quā colonus uiuens retinebat, eamq́ à domino amitti si eam adipisci neglexerit, sed fortasse glos. intellexerunt de ciuili utili, quæ, ut dictum ē, dicitur ēt naturalis, & hoc mō bene glos. dicerent.

Lęl. mortuo colono, ubi nam naturalis remanet? Fab. in hæreditate coloni. d. §. si forte in fi. vide eum. Læl. memini me uidere. Sed quid est quod Vlpianus ait in. l. i. §. scæuola, ff. si quis in test. lib. ess. iuss. fuer? Fab quid ait? Læl. Ait, hæreditatem non habere possessionem, est. n. facti, & animi, at hæreditas animum non habet. Præterea possessio, ut ibi dicitur nō est hæreditatis. Fab. uerū est, possessionem illā non esse hæreditatis. d. §. sceuola. Verum ēst ēt, illam in coloni hæreditate remansisse. d. §. si fortè in fin. Aliud est. n. rem esse hæreditatis, aliud in hæreditate remanere. Nam res Titio accomodata, non est Titij. l. rei cōmodatæ. ff. commod. Et tamen moriēte Titio cōmodatario, in eius hæreditate sine controuersia remanet. l. non tantū. ff. de pet. hæred.

Ita, & possessio naturalis, quæ ciuilis utilis dicitur, mortuo colono, in eius hæreditate remanet. d. §. si mortē. Nam quemadmodum per colonum, tanquam per instrumentum animatum retinebatur, ita per coloni hæreditatem retineri potest. Hæreditas enim defuncti personam sustinet, seu refert. l. hæreditas. ff. de acqui. rer. dom. Læl. certè, hæc adeò consentanea uero uidentur, ut nihil in animo meo ambiguitatis relinquatur. Nolo igitur amplius tibi esse molestiæ. Vale mi Fabi. Fab. & tu mi Læli. Vale.

LXXVII. Declaratio, dominii, & proprietatis in .§. nihil commune . l . naturaliter . ff. de acqui. poss. per dialogum. Vbi Iulius interrogat, & Fabius respondet.

IVL. salue mi Fabi. Fab. & tu salue Iuli mi, Iul. oportune aduenis. Fab. quid est quod me uelis? Iul. ut me quadā animi sollicitudine liberes. Fab. quid est, quod te sollicitat? Iul. Nudius tertius legebam Vlpiani uerba in .§. nihil commune. l. naturaliter. ff. de acqui. poss. & profectò satis clara uidebantur, deinde legi interpretes, hi autem aiunt illum .§. per difficilem esse, quæ rebam mecum, quo nam pacto, nec potui id assequi. Cuperem ni tibi molestum est, hoc abs te scire. Fab. visne, quod ego, an quod scribentes sentiunt dicam? Iul. quod tu. Noui enim ingenium tuum: spero equidem aliquid noui audire. Fab. si tibi iucundū est, aperiam, quid de hoc iam diu mente conceperim. Iul. iucundissimum profectò erit. Fab. Audi igitur. Iul. ecce attentè audio, nec interpellabo. Fab. Haud ita uelim, sed si quid dubij dū loquor occurrerit, interrogato. Iul. postquam admones, libenter faciam. Fab. in dicto .§. fit mentio proprietatis, Ideò dubitari solet, unde hæc appellatio ducta sit, quidue significet, & quando cæpit, & an sit idem, quod directum dominium. Item quamobrem dominium modo directum, & modo utile dicatur, & qua ratione dicatur directum, & qua utile: Et an dominium possit sine naturali possessione acquiri, & alia huiusmodi. Iul. non ab re igitur .§. ille habetur difficilis: perge modo, & de proprietate prius sermonem habeamus.

Fab. Aiunt grammatici proprietatem dici à proprio. Iul. & proprium unde? Fab. à propè eo quòd res mea propè me est. Iul. Hoc nomen proprium, quot modis capi solet? Fab. quatuor, Proprium enim dicitur, quòd soli alicui speciei accidit, sed non omni, ut homini, esse medicum. Item quòd omni, sed non soli, ut homini esse bipedem, sed sunt etiam aues bipedes. Item, quod soli, & omni, & aliquando, ut homini in senectute canescere. Postremò uerè proprium dicitur, quod soli, & omni, & sem

Proprietas unde dicit

Proprium unde dicit

Proprium quot modis capitur

per accidit, ut hominem esse risibilem, ita aiunt Dialectici in præ dic. & Bar. in l. i. ff. adop. Iul. Quorsum hæc? Fab. ut facile intelligas quid hæc proprietatis appellatio significet. Iul. quid igitur uerè significat? Fab. Rem esse dumtaxat unius. Iul. Dic oro. Quid est proprietas?

Proprietas quid

Fab. est qualitas quædam, rem dumtaxat unius esse demonstrans. Iul. qualitas? Fab. ita est, qualitas enim (ut Dialectici aiunt) est, secundum quam quales dicimur. Iul. non capio. Fab. enitar ut capias. Dulcedo, non ne est qualitas? Iul. utique Fab. albedo non ne est itidem? Iul. prorsus. Fab. quod habet dulcedinem, non ne ex eo dicitur dulce? & quod albedinem, album? Iul. negari non potest. Fab. Age nunc, & qui habet proprietatem, non ne dicitur proprietarius? Iul. certè Fab. Quemadmodum igitur dulcedo, atque albedo sine controuersia est qualitas, pari ratione & proprietas. Iul. satis est, conuertitur ne huiusmodi diffinitio. Fab. sine dubio. Nam omnis qualitas rem unius dumtaxat esse demonstrans, uerè est proprietas. Iul. satis iam mihi de hoc fecisti. Aueo nunc scire.

Proprietas quo iure inuenta.

Quo iure inuenta fuit proprietas. Fab. eo iure quo res cœperunt esse singulorum. Iul. quo in quam. Fab. iure naturali. §. singulorum Insti. de rer. diuis.

Cõmunia nõ erãt omnia iure naturæ

Iul. quid ais mi Fabi. Errant igitur omnes, qui asserunt iure naturæ omnia fuisse communia. Fab. prorsus. Nam ab initio homines habitabant sparsim ut in .i. Polit. Domus autem erant antra, & tuguria. Vnde, Ouidius, Domus antra fuerunt.

Et densi frutices, & uinctæ cortice uirgæ.

Et Vitru. lib. ij. c. i. refert priscos illos, & in siluis & speluncis & nemoribus habitasse, ciboque agresti uixisse. Et unaquæque domus habebat res proprias, rusticamque supellectilem, Alij præterea oues, alij alias pecudes habebant, alij agriculturam exercebant, & quisque è terra, siue ex animalibus, proprios capiebat fructus, & consequenter quisque suorum fructuum habebat proprietatem. Credis hoc. Iul. cogor credere, sed confirmato (si placet) ratione, uel autoritate. Fab. & ratione, & autoritate firmabo, Audi igitur. Non ne mi Iuli, Deus in principio creauit oues, boues, capras, aliaque animalia. Gene. i. Iul. non dubium est, Fab. Non ne etiam Deus dixit, dominamini uniuersis animantibus, quæ mouentur super terram Gene. i. Iul. Certè. Fab. Quis igitur pascebat oues, quis capras, quis boues. Absurdum est enim

si illas uti communes incustoditas fuisse dicas. In eo enim, quod multorum est, minima adhibetur diligentia, ᾗ. Polit. multoque absurdius, si alio pascente, alium ex illis fructum accepisse confirmes. Iul. non ita fuisse arbitror, sed alius fortosse capiebat sibi oues, alius capras, alius uerò boues, illisquè utebatur, Natura enim hominum causa omnia animalia creauit. i. Polit. Fab. recte sentis. Qui igitur capiebat oues, quæ nullius ante fuerant, sine dubio iure naturali faciebat suas. Itidem qui boues, quiquè alia animalia. Omnia enim eo iure occupata capientium fiebant, & consequenter illorum habebat proprietatem, distin. i. cap. ius naturale. l. i. ff. de acqui. possess.

Præterea, quis neget filios Adam res habuisse proprias. Abel enim erat ouium pastor, & consequenter habebat oues. Caym uerò erat agricola, & consequenter boues, & frumenta habebat. Hic de fructibus terræ Deo munera obtulit, at ille de primogenitis gregis sui, Genes. i. Notato, illa uerba gregis sui, illud enim pronomen sui demonstrat gregem fuisse proprium Abel. §. sic itaque discretis, Insti. de actio.

Adã filii habebant bona propria

Et ex his satis constat olim iure naturæ, res aliquas fuisse proprias. Iul. ita sanè. Fab. fatere igitur ingenue etiam eo iure proprietates cœpisse. Iul. cogor fateri, uel inuitus. Fab. sponte fatearis uelim.

Proprietates iure naturæ erant & aliqua res propria

Audi igitur, iure naturali, sine dubio erat, & rei depositæ, commodatæque, restitutio. d. distin. i. c. ius naturale, & per consequens res non omnes erant communes, si enim fuissent communes non fuissent, utique restituendæ, erant igitur eo iure propriæ res deponentis, commodantisque, & consequenter erant proprietates. Iul. iam sponte quidem id ita esse fateor, sed dicas obsecro, erant ne eo iure soli seu terræ proprietates. Fab. minime. Terra enim erat communis, Vnde illud.

Nec signare quidem, aut partiri limite campum fas erat. Iul. Quonam igitur modo utebantur terra. Fab. Vnusquisque locum capiebat, quem uel pecoribus suis, uel agriculturæ aptum, idoneumque existimabat, ibique tuguria, caulasquè ponebat, mox uel ibi frumenta, aliaue serebat, uel suas pecudes pascebat. Et tam diu locus ille erat suus, dum ibi moraretur, si uerò postea collecto frumento, sublatoquè tugurio, discessisset, locus ille in pristinam caulam redibat, perin-

deq; communis fiebat, ac si nunquam fuisset occupatus. Id quod hodie in littore maris accidit. l. quod in littore. ff. de acqui. rer. domi. Iul. quanto tempore ita uixerunt. Fab. usq; ad tempus Phalec. In diebus enim illius, diuisa fuit terra ut refert August. lib. xvi. cap. iij. & c. x. de ciuit. Dei. Iul. quis fuit iste Phalec. Fab. filius Heber, á quo Hebræi appellati sunt. Hic autem Heber fuit abnepos Sem, primi Noe filij. Iul. quot filios habuit Noe. Fab. tres mares, Sem, Cham, Iaphet, ex quibus lxxij. gentes, totidemq; linguæ per terras disseminari cœperunt. Iul. dic quæso, non ne sunt in toto orbe, plures quam lxxij. linguæ. Fab. non principes. Sed in una quaq; plures aliquo modo differentes fortasse reperiuntur. Hæc in August. de ciuit. Dei. c. vi. uidere potes. Iul. uideor mihi hæc aliás legisse. Fab. profectó hæc alias dicta fuere. Iul. & quomodo reperiam? Fab. index demonstrabit. Iul. iam de proprietate satis mihi fecisti, nun ne tibi molestum est, aueo abs te audire. Vtrum proprietas, & directum dominium sit idem. Fab. minimé.

Terra têpore phalec fuit diuisa

Hebrei unde

Noe filii tres fuere

LXXVIII. Declaratio, an proprietas, & directum dominium sint idem.

IVL. errant in hoc scribentes. Fab. quid aiunt? Iul. Directum dominium, & proprietatem esse idem. Fab. errant prorsus. Dominium enim longé á proprietate distat. Iul. potest ne hoc aliqua ratione ostendi? Fab. facilé, sed ut intelligas, sciri prius oportet, Vnde sit dictum dominium. Iul. & hoc aueo scire. Dicas itaq;. Fab. dominium á domino, ut aiunt dictum est. Iul. & dominus unde? Fab. á domo, ut grammatici tradunt. Iul. quamobrem á domo. Fab. quoniam primus dominus, & per consequens primum dominium in domo cœpit. Iul. quonã modo. Fab. hoc inquam. Prima enim societas in mundo fuit maris, & fœminæ, generationis causa. Secunda, Domini & serui natura. Iul. serui natura? Fab. natura inquam. nam ille qui poterat mente prospicere, consultare, & sibi suisq; quod bonum esset, prouidere, natura imperabat, atq; dominabatur. Qui ueró, mente prospicere, prouidereque non poterat, corpore tamẽ robusto imperata ab alio strenué exequi uolebat, is natura, pare-

Dominium unde.

Dominus unde

bat, seruiebatque. Iul. est igitur seruus, & dominus natura? Fab. certè ut alias dictum fuit. Iul. perge, quid tum? Fab. erat praeterea tertia societas, quae dicebatur domus. Iul. Domus, non ne sunt paries solum, ac tectum? Fab. non proprie, quod enim ex his constat aedes dicuntur, l. eum qui aedes. ff. de usucap. Domus autem constat ex uiro, & foemina, ex domino, & seruo, & consequẽter ex filio, ac patre. Iul. ergo si non erat ibi seruus, non erat domus? Fab. non ita erat. Nam si cui deerat seruus bos, seu asinus pro seruo habebatur. Iul. quis huiusmodi domum gubernabat. Fab. senior. Omnis enim domus à seniore regebatur. Vide hęc in .i. Polit. Qui igitur tali domui praeerat, in eaque imperium habebat dominus à domo dicebatur, & á domino dominium deductum fuit. Hinc etiam descendit uerbum dominor, quod sonat idem, quod imperium gerò, ut grammatici asserunt. Iul. quorsum haec? Fab. ad huc non cõuincis? ut ostendam aliud esse proprietatem, aliud dominium. Iul. hoc ipsum expecto, ostende, si uis. Fab. morem geram. Audi. Domus proprie non parietibus sed familia constat

Prius necesse est, ut aliqua res è communi, mea solius efficiatur, id quod multis modis fit, ut Insti. de rer, diuis. §. singulorum, & si mea solius efficitur, mea propria est. Proprium enim uerè sic dicitur, quod uni soli, & semper contigit, ut supra dixi. Facta itaque re mea propria, oritur mihi eiusdem rei proprietas, quae eam rem esse meam solius significat. Hoc facto, rem naturaliter possidere, mox illam regere, gubernare, in eaque imperium gerere, hoc est illi dominari, & per consequens in ea dominium habere, incipiebam. Dominus a domo.

Prior itaque fuit proprietas, quam dominium, hoc apertè colliges in. l. foeminae in fi C. de secun. nup. Iul. quonam modo? Fab. ibi, mater duos habens filios, uni mortuo successit, dum alter uiuit, mater potestatem dumtaxat possidendi, atque fruendi habet, altero deinde mortuo, ea quae mater percepit, pleno, ut ibi dicitur, proprietatis iure obtinet. Haec uerba, huc usque, ostendunt matrem habere proprietatem. Subdit deindè Imperator in haec uerba, Atque in his nanciscendi dominij liberam habet facultatem. Notato, mi Iuli, illa uerba nanciscendi dominij. Iul. quamobrẽ? Fab. quia ostendunt, matrem, acquisita iam proprietate, nõ dum habere dominium, sed solum nãciscendi, hoc est acquirendi dominij facultatem habere. Non dum igitur acquisiuerat dominiũ, & tamen habebat proprietatem. Proprietas prius eẽ quam dominium

Prius est igitur proprietas, quam dominium. Iul. Noua sunt

hæc,& maximopere delectant. Scribentes enim directum dominium,& proprietatem idem esse aiunt. Fab. fatere iam, aliam rem esse proprietatem, aliam dominium, nam si idem essent, cur diuerso nomine appellarentur? arg. l. si idem. C. de codicil. demonstrat hoc tex. in.l. proprietatis .C. de proba. ibi, enim Imp. ait proprietatis dominium, aliud est ergo proprietas aliud dominium. Iul. sunt fortasse synonyma, ueluti gladius,& ensis. Fab. minimè. Nam quemadmodum ensis,& gladius, rem eandem significant, ita si proprietas,& directum dominium essent synonyma, eandem rem significarent id quod nequaquam est, sunt enim diuersæ diffinitiones,& ideo diuersa significant.

proprietatis diffinitio

Proprietas enim, ut dixi, est qualitas quædam rem dumtaxat unius esse demonstrans.

Dominii diffinitio

Dominium uerò est libera facultas faciendi, alienandi, disponendiue uti quis uoluerit de re sua iure permittente. Hęc diffinitio,& ciuile,& naturale dominium complectitur. Iul. unde hanc dominij diffinitionem elicis? Fab. ex d.l. fœminæ in fi.& ex.l. in re mandata .C. mand. Iul. assentio iam. sed scire uelim. Quomodo naturale nãciscimur dominium. Fab. apprehendendo rem, arando, seminando, ponendo arbores, aliaq; agendo, ut proprietario placuerit. Iul. ista hæc facere, est naturaliter possidere. Fab. rectè sentis, sed ita naturaliter possidendo, naturale nãciscimur dominium. Tale enim dominium à naturali possessione cæpit .l.i. in prin.ff. de acqu. pos.

Dominium naturale possidendo naturaliter acquirimus

Habes itaq; mi Iuli ex.d.l. fœminæ in fi. aliud esse proprietatem, aliud uerò directum dominium,& prius quidem proprietatem, quam dominium nobis acquiri, dominium inquam naturale. Iul. dic quæso mi Fab. illa uerba, uidelicet pleno proprietatis iure in.d.l. fœminæ, quid sibi uolunt. Fab. ostendunt duplicem esse proprietatem, plenam scilicet,& nudam. Iul. quamobrē dicitur nuda? Fab. quia est sine ueste. Iul. sine ueste? quæ nam est proprietatis uestis. Fab. est illa soli superficies, quæ ueluti uestis, proprietatem ita calefacit, ut concipiat, pariatq; fructuum utilitatem. Proprietas igitur hac ueste, quasi spoliata, remanet nuda,& frigida, nihil profectò utilitatis producens. Iul. Dic obsecro à quo nam, ipsa proprietas spoliatur? Fab. ab emphyteoticario, superficiario,& similibus. Iul. Quare proprietas dicitur plena? Fab. quia est integra, cui illa uestis minimè deest, nam superficie quasi uestita, calefactaue suas producit utilitates. Iul. si tibi cordi est, collige summatim ista hæc, ut facilius memoria teneam. Fab.

geram

geram tibi morē, Audi.

Si rem non prius ab alio occupatam ex cōmunibus apprehendam, mea sine dubio propria efficitur. d.l.i.ff.de acqui.posses. Inde protinus mihi proprietas oritur, si deinde rem illā naturaliter possideo, tenendo, colendo, utendoue ex tali naturali possessione mihi naturale acquiritur dominium, eò quod illi rei, ita possidendo prorsus dominor, & consequenter habeo dominium. Hoc cōfirmat Paul. in d.l.i. inquiens, dominium rerū, ex naturali possessione cœpisse. Qui igitur rē propriam tenet, eaq́ utitur, rei ipsius ꝓprietatē, possessionē, dominiumq́ habet. Aliud tamen est proprietas, aliud possessio, aliudue dominiū, queadmodum, si quis malū aureum teneret, simul odorē, saporē, colorēq́ teneret, & tamen alia res est odor, alia sapor, alia color. Iul. si bene capio ex sententia tua, dominium sine naturali possessione acquiri non potest. Fab. non est hæc mea, sed pauli sententia. Iul. Huic sententiæ scribentes, & ēt leges aduersari uidentur. Fab. quid scribentes sentiant, non est mihi curæ. Sed quæ leges huic sententiæ obsunt? Iul. l. à Titio. ff. de fur. l. fin. C. de sacr. sanc. eccle. Fab. ostende quo nam modo. Iul. hoc inquam modo. Nam in. l. à Titio Martianus scribit, rei legatæ dominiū mortuo testatore, seu adita hæreditate, recta uia ab eo, qui legauit in eum, cui legata est transire, & sic sine apprehensione, & consequenter sine naturali possessione, & in. l. fin. dicitur. Dominium rei uenditæ, reiue donatę sine naturali possessione ecclesiæ acquiri.

Proprietas aliud quā dominium

Dicta igitur. l. i. de acqui. posses. cum ijs mirum immodum pugnat. Fab. nequaquam mi Iuli. pugnat. Dicas quæso. Si unus diceret hominem esse animal rationale, alter uerò equum esse animal irrationale, pugnarent ne? Iul. minime, Nam homo & equus, diuersę sunt species. Fab. rectè quidem. Ita à pari. d.l. i. & l. à Titio nequaquam pugnant. Lex enim. i. de una dominij specie. Lex uerò à Titio de altera loquitur.

LXXVIII. Declaratio, dominii naturalis, & ciuilis.

Dominium uti genus diuiditur in naturale & ciuile

IVL. ergo dominium est uti genus. Fab. sine dubio & diuiditur in duas formas, seu species, In dominium inquam naturale, & ciuile. Iul. Quod est naturale dominium? Fab. quod natura introductum est. Natura enim aliquis est dominus, aliquis uerò seruus. ut in. i. Politic. & supra dixi. Sed multo clarius demonstrabitur.

Dominium erat iure naturali

Præterea, creatis illis primis homnibus. Deus dixit, crescite & multiplicamini, & subijcite terram, & dominamini piscibus maris, uolatilibus cæli, uniuersisq; animantibus quæ mouentur super terram Genes. i. Si igitur illi primi habitatores mundi, qui iure naturali uiuebant. c. ius naturale distin. i. eiusmodi rebus dominabātur, ergo iure naturali erat dominium. A coniugatis enim rectè ducitur argumentum: ut ait Cicero in Top. Iul. quonam modo dominabantur terræ? Fab. arando, seminando, fructusq; colligendo. Iul. & piscibus & uolatilibus? Fab. capiēdo utendoq;. Iul. & aliis animantibus quomodo? Fab. utendo illis, bobus scilicet, bubalisq; ad arandum, colendumue agros. equi uerò asinis & mulis ad equitandum, oneraq; uehenda. Iul. quid ais mi Fabi, Nonne hæc facere est naturaliter possidere, ut alibi dixisti? Fab. ita est, sed ordo talis erat. Homines prius hæc ex communi apprehendebant d. l. i. ff. de acqui. posses. in princ. & l. i. in fi. de acqui. rer. dom. ff. apprehensisq; uarijs utebantur modis & ita naturaliter possidebant: atq; ijs, natura ipsa, ita possidendo dominabantur, & per consequens, dominium ex ea naturali possessione nascebatur. Iul. si ita est, nemo potest naturale dominium acquirere, nisi prius aliquo saltem momento, naturaliter possiderit. Fab. nemo prorsus, quoniam ad producendum aliquem effectum, necesse est, ut prius præcedat causa efficiēs. Causa autem efficiens est duplex, principalis scilicet, & instrumentalis. Exempli causa. Homo generat hominem, atq; sol, & semen. Homo, & sol, sunt causæ effectrices principales, semen uerò instrumentalis. Non pōt igitur generari, produciue homo, nisi eiusmodi causæ præcesserint, ut colligitur ex. ij. Phys.

Dominium naturale sine naturali Possessione nō acquiritur & hodiē.

Ita in proposito, homo, & possessio naturalis, sunt causæ effectrices dominij. Sed homo est princeps, possessio uerò est instru-

mentalis causa. Id quod expressè tenet glos. in l. per procuratorem. C. de acqui. possess. ubi ait, instrumentum facit domum, & faber, instrumentum pro homine, faber autem pro possessione accipitur ibi à glos.

Qui igitur uult naturale dominium acquirere, oportet, uel per se ipsum, uel per animata instrumenta, rem apprehendat: eaque naturaliter utatur, hoc est naturaliter possideat, & ita mediante hac possessione, quasi causa effectrice instrumentali, naturale acquiritur dominium. Iul. Quæ sunt animata instrumenta. Fab. serui filij, procuratoresque ut colligitur in. i. Polit. de quibus supra in materia possessionis plenè uidere licet.

Iul. quare hoc dominium appellatur naturale? Fab. Scito mi Iuli. Omne id appellari naturale, quod est secundum naturam: Omnis igitur operatio secundum naturam, dicitur naturalis, ut ignem ferri sursum, lapidem deorsum, ut legitur. ij. Phys. Sed dominari piscibus maris, uolatilibus cæli, cæterisque animantibus. Item, dominari terræ fructibusque terræ, est operatio quædam secundum naturam, natura enim hæc omnia hominum causa produxit, Gen. i. & Polit. i. & Cicero de natura deorum ait, Omnia aliorum causa generata sunt, ut fruges, atque fructus, quos terra gignit hominum, & animalium causa, animantes hominũ, ut equus, uehendi causa, arandi bos, uenandi, custodiendique canes. Dominium quare appellatur naturale.

Si igitur ita dominari, est necessariò etiam dominium, quod inde nascitur, est naturale, causa enim producit effectum sibi similem. l. manumissiones. ff de iusti. & iur. & Philosophi aiunt. Iul. & istud naturale dominium, potest ne manere absque naturali possessione? Fab. certè. Nam possessio naturalis est uti causa efficiens instrumentalis, ut dictum est, dominium uerò ut effectus. Et remota eiusmodi causa, effectus per se remanet, nam licet pictura sine pictore, & penicillo, uti causa effectrice fieri non possit, tamen postquam est facta, mortuo pictore, remotoque penicillo, ipsa remanet. Hinc fit ut amissa naturali possessione, ut in. l. peregrè. §. qui ad nundinas, ff. de acqui. possess. ei qui naturale habet dominium, in rem actio competat. l. in rem. ff. de rei uend. Dominium naturale acquisitum pôt remanere sine naturali possessione.

Iul. dixisti paulo ante, dominium naturale sine naturali possessione non posse, etiam hodie acquiri: Fab. ita est. Iul. ergo naturalis possessio. est uti antecedens, dominium uerò, uti consequens, ut dicit Bar. Fab. quid tum? Iul. si ita est (ut aiunt) se-

quitur, ut posito naturali dominio, ponatur possessio, quoniam ad positionẽ consequẽtis, sequit̃ positio antecedẽtis. Allegat ad hoc Bar. l. illud. ff. de acqui. hæred. l. ad rẽ mobilẽ. ff. de procu.

F. ab animaduerte mi Iuli, quoniam naturalis possessio est uti causa effectrix, dominium uerò natutale, est eius effectus, ut supra dictum est largè tamen hæc antecedens, illud consequens appellari potest. Et ideo distinguendum est, hoc modo. Quando consequens est actu, idest habet suum esse, & sine antecedente operari potest, tunc ad positionem consequentis, uti effectus, non sequitur positio antecedentis, uti causæ. Verbi gratia, ad positionem uituli iam actu existentis, non sequitur necessario positio uaccæ, quia extincta uacca uitulus & existere, & operari potest.

Consequẽti posito quãdo sequatur positio antecedentis.

Eodem modo naturale dominium actu existens, amissa naturali possessione, operari potest, operatur enim, in rem actionem. l. in rem. ff. de rei uẽd. Ergo ad positionem dominij naturalis, non sequitur positio naturalis possessionis, sed quando consequens etiam actu existens, operari non potest, sine antecedente, tunc posito consequenti, ponitur antecedens, ad hoc uidelicet, ut consequens operari ualeat. Exempli causa, ad secandum, artifex est uti antecedens, serra autem uti consequens, & ideo posita serra, ad hoc ut operetur, ponitur necessariò artifex. Iul. quorsum hæc? Fab. ut intelligas leges allegatas à Bar. Iul. hoc expectabam.

Fab. attende igitur. In. d. l. ad rem mobilem. Quidam mandauit Titio, ut rem mobilem uendicaret, tale mandatum est actu & per se stare potest, quemadmodum & serra, non tamen tale mandatum potest operari, nisi prius ad rem illam exhibendam agatur. Is igitur qui uoluit, ut Titius ad rem mobilem ageret, censetur mandasse, ut ad rem eandem exhibendam prius agatur. Item. in. d. l. illud, finge te hæredem testamento institutum ab eo, cuius legitima hæreditas, ad te pertinebat, uolebas legitimam ad te pertinere, sciens testamento tibi relictam, id facere non poteras, nisi repudiata prius testamentaria, nam si adires legitimam, aditio profectò esset actu, nihil tamen operaretur. l. quamdiu potest. ff. de acqui. hæred. Ad hoc igitur, ut operetur, necessariò uideris ante repudiare testamentariam. Et hoc modo procedunt leges illę. Sed in dominio non est ita. Nam postquam naturale dominium actu existit, potest operari, & producere in rem actionem, licet extincta sit possessio & ideo non sequitur, posito naturali dominio actu, ponit̃ possessio. Iul ita. ut ais, eẽ arbitror. Nõ ab re igit̃ Bar. dici tale regumẽtũ ꝓcedere in actu acquisitiõis non in actu

retētionis, Fab. assentiris Bar. in hoc? Iul, certè, incōtrariū ostēdas. Fab. audi, si dominium est in actu acquisitionis, ut ait Bar. sine dubio non dum est, quia, quod acquiritur, uel fit, nondum est. Sanc. Thom. in opuscu. de princip. natu. si non dum est, poni non potest. Ergo non rectè dicitur ad positionē dominij in actu acquisitionis &c. Iul. quo igitur modo est dicendum? Fab. rectius diceretur, ad positionē acquisitionis dominij naturalis, quod est causatum seu effectus. ponitur possessio naturalis, uti eius causa effectrix. Iul. quare dixisti dominij naturalis? Fab. ad differētiam ciuilis dominij, quod sine possessione acquiri potest. d. l. à Titio. ff. de fur. d. l. fi. C. de sac. sanc. eccle. & l. cum hæredes. ff. de acqui. poss. in prin. & supra dictum est.

Iul. si ut ais, possessio naturalis est uti causa effectrix, & naturale dominium est eius effectus, sequitur, ut ubicunque est naturalis possessio, ibi sit dominiū. Nā quando causa effectrix operat, semper facit effectū, si. n. ædificator ædificat, facit ædes, si pictor pingit, facit picturā. Eodē modo, si quis possideret naturaliter, deberet esse dominus, id quod nō semper est. nā interdū quis est possessor, dominus uerò minime. l. i. §. huius aūt interdicti. ff. uti possi. Fab. Acutè quidē obiicis. Sed ut intelligas, scito duplicē esse effectricē causā. Principē scilicet, & instrumentalē, ut colligitur ex .ij. Phys. & . vi. Ethic. Instrumentū. n. facit domū, & faber, ut dicit glos. in. l. per ꝓcuratorē. C. de acqui. posses. in uer. placuit. sed artifex interdū, duobus eget instrumētis, ut opus perficiat. Exēpli causa, pictor eget penicillo, & colore, quæ sunt instrumēta, & tabula, in qua pingat. Si pictor, acceptū penicillum sine colore, per tabulam ducat, non faciet picturam.

Dominiū ciuile sine possessione acquiri pōt.

Eodē mō ad acquirendū dominiū, reqrit̄ possessor, ut princeps causa. Itē possessio, uti instrumentalis. Requiritur p̄terea ꝓprietas, quæ ē instrumētū ad dominiū, ut color ad picturā, quādo igit̄ quis habet ꝓprietatē, & possessionē, uti instrumenta, sine dubio acquirit dominiū. d. l. i. ff. de acqui. posses. qū uerò deest unū instrumentū, hoc ē ꝓprietas, puta. si possideat fundū alienū, nō acquiritur dominiū, licet adsit alterū instrumētū, hoc est possessio.

Dominii naturalis acquisitio quot causas requirat.

Quēadmodū si pictori deest unū instrumētū hoc est color, nō fit pictura, & ita intelligit. d. l. i. §. huius aūt de interdic. Iul. uident̄ hæc ueritati cōsentanea, negari nō pōt, quin mirificè exēpla moueant. Iā satis mihi persuasum est, huōi naturale dominiū reperiri, cupio ostendi mihi, esse etiam ciuile. Fab. facilè quidem id fiet, si prius unum mihi concesseris. Iul. quid. Fab. dominiū

naturale esse speciem quandam. Iul. non habeo pro comperto. Fab. faciam, ut ratione coactus id concedas, Iul. age, expecto, quonam modo id facies.

Fab. dic quæso, dominium naturale reperitur ne? Iul. negare iam non possum. Fab. si reperitur, aut est indiuiduum, aut species, aut genus, aliud enim esse nequit. Iul. quid si dicam esse indiuiduum. Fab. necesse erit, ut alicuius speciei sit indiuiduum quæ igitur erit species? Iul. dominium fortasse. Fab. si dominium est species, alicuius generis species est, ubi igitur erit genus? Iul. cogor uel inuitus fateri, dominium naturale esse speciē. Fab. bene quidem, erit igitur dominium, uti genus. Iul. recipiatur hoc sed quid tum? Fab. si dominium est uti genus, necessario, ut dialectici uolunt, diuiditur in duas species. Vna est (quod & tu concedis) dominium naturale, naturale enim, & ciuile, uti specificæ differentiæ adiunctæ dominio, uti generi, constituunt species.

Naturale & ciuile differentie sunt Specifice.

Sunt igitur hæ appellationes, naturale scilicet, & ciuile specificæ differentiæ, quæ sine cōtrouersia diuersas constituunt species, ut Dialectici uolunt, quamobrem si hanc differentiam naturale, adiungas dominio, uti generi, fit una species, quæ dominium naturale appellatur. Rursus, si hanc differentiam ciuile, eidem dominio iunges, efficitur altera species, quæ dominium ciuile uocatur.

Sunt itaque duæ dominij species, naturalis scilicet, & ciuilis. Iul. iam assentior. Sed ipsum dominium ciuile quando cæpit? Fab. quando ius ciuile, Iul. & ius ciuile quando? Fab. quando ciuitates esse cæperunt .d. §. singulorum Insti. de rer. diuis.

Dominium ciuile solum qui habent

Iul. qui sunt, qui solum huiusmodi ciuile dominium habēt? Fab. emphyteota, feudatarius, superficiarius, & similes. Hi .n. iure naturæ, seu gentium erant incogniti. Iure quidem ciuili esse cæperunt. l. ex hoc iure in fi. ff. de iusti. & iur. §. adeò. Insti. de loca. & conduc. Ius igitur ciuile, ueluti effectrix causa, ciuile dominium producit, non autem naturale: Quemadmodum homo hominem generat, non autem asinum effectum enim suæ causæ similem esse oportet .l. manumissiones ff. de iusti, & iur. & Philosof. ita asserunt.

Iul. quia hic facta est mentio iuris ciuilis, uelim nunc à te scire, quid est ius ciuile. Hoc enim iam diu scire desideraui. Fab. sæpius de hoc iam diximus. Iul. audio nunc ab te audire. Fab. Ius ciuile est ordinatio ciuilis societatis. Ita ad uerbum Aristo.

.i. Polit. Iul. ergo quod sibi quæque ciuitas ordinat, est ius. Fab. certè, si incorporeum, & uniuersale est, quod sibi ordinat. §. ius autem. Insti. de iur. nat. gent. & ciuil. Iul. unde ius istud dicitur ciuile? Fab. à ciuitate, ueluti à causa efficienti. Iul. ipsum ius ciuile in quo differt à naturali? Fab. in multis profectò differt enim origine, Naturale enim dominium, natura inuentum est antequam esset ciuile .i. Polit. & Gen.i. & .d.§. singulorum. Item dominium naturale, sine rei apprehensione, naturalique possessione, etiam hodie acquiri non potest. d.l.i.ff. de acqui. posses. & supra ostendi. At dominium ciuile, absque apprehensione, et naturali possessione acquiri certè potest. d.l.à Titio. ff. de fur. & .d.l. fi. C. de sacr. sanc. eccle. & .l. cum hæredes in prin. ff. de acqui. poss. ubi etiam sine possessione, acquiritur dominium, quod ego ciuile appello. Nulla igitur inter dictas leges discrepantia intercedit. Iul. nulla quidem ut tu interpretaris. Sed scire abs te obiter uelim. Vtrum dominium, quod per usucapionẽ acquiritur, sit naturale, an ciuile. *Ius ciuile quo differ a naturali*

LXXX. Declaratio, an dominium per usucapionem acquisitum sit ciuile.

FAB. ego à te scire uelim. Vtrum usucapio sit ordinatio ciuilis, an naturalis. Iul. ciuilis sine dubio. ut Insti. de usucap. in prin. Fab. & usucapio nonne est causa dominij? Iul. negari non potest, l. iij. ff. de usucap. Fab. causa nonne parit effectum sibi similem, ut aiunt Philos. & .d.l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. Iul. non capio. *Causa parit effectum sibi similem*

Fab. frigidum, & calidum, frigiditatis, caliditatisque causa sunt & quia omne agens, agit sibi simile, ideo frigidum, frigiditatem, non autem caliditatem, econtrario calidum, caliditatem, & non frigiditatem producit. Iul. ita est. quid tum? Fab. dominiũ, quod per usucapionem est acquisitum, non ne est usucapionis effectus? Iul. si, ut ais, usucapio est causa, dominium per eam productum, necessariò est effectus. Fab. erit igitur similis usucapioni. Iul. fateor, sed in quo? Fab. in eo, quòd quemadmodũ usucapio est ciuilis. ut Insti. de usucap. in prin. ita consequenter dominium illud, quod est eius effectus, necessariò est ciuile. Alioquin effectus suæ causæ similis non esset, & perinde haberetur, ac si frigidum caliditatem produceret. *Dominium acquisitum per usucapionẽ ẽ ciuile*

Iul. cedo iam, sed potest ne quis, & naturale, & ciuile dominium simul habere? Fab. sine dubio, quemadmodum enim quis & naturalem, & ciuilem possessionem simul habere potest. l. possideri. §. saltus hybernos. ff. de acqui. pos. Ita, potest quis, & naturale, & ciuile dominium simul habere. Exempli causa, si quis rem à nemine prius occupatam apprehendebat, uel aliquo contractu iuregentium sibi traditã accipiebat, eamq́ mox naturaliter possidebat, hic sine dubio dominus efficiebatur: ex naturali enim possessione dominium nanciscebatur. d. l. i. ff. de acqui. posses. quod quidem dominium, ciuile esse minime poterat. Iul. quamobrem? Fab. quia nondum erat ius ciuile. d. §. singulorũ. Si igitur tunc erat dominium, necessario erat naturale. Superuenit deinde ius ciuile, & huiusmodi dominium comprobauit, ac ita comprobatum, & naturale, & ciuile dicebatur, sicuti factum fuit in iurisgentium obligationibus, quæ iure ciuili comprobatæ, etiam ciuiles dicuntur. §. i. Insti. de oblig. Ex empto igitur, siue ex uendito, duæ nascuntur obligationes. Vna naturalis ex æquitate. l. stichum. §. naturalis. ff. de solut. Altera uerò ciuilis, ut not. glos. Insti. de oblig. in prin.

Iul. quam bene hæc pingis, sit sanè, ut ais, Iam aueo scire. Vtrum istud ciuile dominium, naturali remanente tolli possit. Fab. quid ni? Iul. & quonam modo? Fab. quemadmodum ciuilis obligatio, ciuili actu, hoc est acceptilatione tollitur, & remanet naturalis. §. Item per acceptilationem. Insti. quib. mod. toll. oblig. & not. glos. Insti. de oblig. in prin. in uer. necessitate. Ita, ciuile dominium, ciuili actu, hoc est usucapione, priori domino paulatim extinguitur, & alteri nouum acquiritur. Doc. & præsertim Ias. in. l. possideri. §. ex pluribus. ff. de acqui. posses. in. vij. col. uer. tertia notabilis conclusio &c &. d. §. singulorũ. &. l. iij. ff. de usucap. Iul. illi textus dicunt, simpliciter dominiũ per usucapionem acquiri. Cur igitur magis de ciuili, quam de naturali intelligis? Fab. quia usucapio est actus quidam ciuilis. Insti. de usucap. in prin. & ciuilis ratio, ciuilia iura uni, tollere, & alteri adijcere potest, naturalia non utiquè. Insti. de leg. agnat. tut. §. si.

Dominium ciuilẽ per usucapionẽ uni acquiritur naturale remanet apud eum penes quem erat.

Quod autem per usucapionem ciuile dominium uni acquiratur, & naturale apud priorem remaneat, probat tex. in. l. si quis emptionis. C. de præscrip. xxx. uel xl. ann. ibi uideto. Iul. leua me hoc labore, & aperias quonamodo ibi hoc probetur. Fab. morẽ geram, ibi, quidam à non domino fundum emerat, cumq́ bona

bonafide per.x. uel per.xx.annos possederat, & longi temporis præscriptionem contra dominos acquisiuerit, postea domini uendicabant, is qui præscripserat, longi temporis exceptione, agentes reiecit: Nota ibi in textu illa uerba, contra dominos: Nã Imperator ibi post completam usucapionem appellat dominos, qui rei uendicatione aduersus eum, qui præscripserat, agebant. Si igitur erant domini, ergo habebant dominium argum. á coniugatis, ciuile non habebant, illud enim acquisitum erat ei, qui qui fundum usuceperat. Et duo non possunt insolidum idem habere dominium, l. si ut certo. §. si duobus uehiculũ. ff. cõmod.

Quod autem is, qui præscripserat habeat dominium, patet, quia actionem ad rem uendicandam habet, ut ibi dicitur. Illa autem actio, non datur nisi domino. l. in rem ff. de rei uendi. Naturale certè dominium habere non poterat, quod traditione à domino facta, acquiritur. l. traditionibus. C. de pact. quæ ibi non intercessit.

Claré itaq; patet ibi, dominiũ naturale, apud eum esse, qui prius fundum habebat, ciuile uerò apud eum, qui præscripserat. Iul. ergo dominium erit duorum insolidum, quod quidẽ fieri nequit. d. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. cõmod Fab. possessio potest ne esse duorum insolidum? Iul. minime ut. d. §. si duobus. Fab. ita est. sed dic quæso, Nonne potest unus naturaliter totum fundum, alter uerò eundem, totumq; ciuiliter possidere? Iul. quo nam modo.

Dominium naturale apud unum, ciuile penes alterum esse potest

Fab. finge, Titiũ & naturaliter & ciuiliter fundũ possidere, nõne hoc fieri potest? Iul. sine dubio. Fab. si deinde Titius ad nundinas proficiscitur, nemine in fundo relicto, sine controuersia ciuilem retinet possessionem l. clam possidere. §. qui ad nundinas ff. de acqui. posses. totum itaq; fundum ciuiliter Titius possidebat. Iul negari non potest Fab. si aliquis deinde eiusdẽ fundi possessionem occupauit, prorsus totum fundũ naturaliter possidet. d. §. qui ad nundinas. Iul. ita est. Fab. Quemadmodum igitur potest unus totum fundum naturaliter, alter uerò ciuiliter possidere. Ita potest unus dominium naturaliter, alter uerò ciuile, in eodem fundo habere. Argumentum .n. à simili rectè ducitur. Iul. magna est uis rationis, cogor iam cedere, sed si non sum tibi molestiæ, aueo adhuc aliud scire. Fab. age mi Iuli, nihil gratius mihi facere potes. quid est, quod scire desideras. Iul. a scribentibus sæpius fit mentio directi dominij, idcirco cuperẽ audire, quamobrem dominium dicatur directum?

LXXXI. Declaratio, dominii directi & obliqui.

Dominium directum & obliquum

FAB. ad differentiam obliqui. Iul. quid ais? Reperitur ne obliquum dominium? Fab. certè, Iul. horresco, audiens. Fab. ne horreas mi Iuli, ea enim ratione, qua reperitur substitutio directa, & obliqua, eadem & dominium directum, & obliquum reperitur. Iul. dicas quæso. Quando substitutio dicitur directa? Fab. quando substitutus manu sua capit, nec alterius factum requiritur. Iul. & obliqua? Fab. quando substitutus de manu alterius capit, & alterius facto opus est. uide Bar. in l. centurio. ff. de uulg. & pupil. in pen. col. Eodem modo, dominiũ directum est, quod quis directo, hoc est per se, manu propria, sine alterius facto ab initio acquisiuit. Obliquum uerò est, quod à principio manu alterius obliquè acquisitum est. Iul. non intelligo. Fab. audi igitur.

A principio, ut sæpe dictum est, terra erat communis, deinde tempore Phalec septimi à Noe, ut supra dixi, per liberos Noe fuit diuisa. Iure enim gentium dominia distincta, & agris termini positi fuerunt. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Quisque igitur, eo tempore agros directò manu propria occupabat, moxq́ naturaliter possidebat. Ex naturali deinde possessione, recta uia, sine alterius facto dominium acquirebat. d. l. i. ff. de acqui. posses. Et quia non ab alio, sed directè capiebatur, appellatum fuit directum dominium. Iul. tibi facilè assentirer, nisi unum obstaret. Fab. quid.

Dominium quare appellatur directum.

Iul. dixisti dominium obliquum esse, quod quis manu alterius obliquè acquirit. Fab. ita est. Iul. si ita est, sequitur omne dominium hodie esse obliquum. Fab. quomodo id sequitur. Iul. hoc inquam modo. Pone Titium à principio, ut ais, directum dominium in fundo habuisse, eumq́ aliquo iusto titulo Sempronio tradidisse, Nonne dominium fundi acquisitum est Sempronio. §. per traditionem. Insti. de rer. diuis. Fab. utiq́ sed quid tum? Iul. nonne Sempronius illud dominium alterius manu acquisiuit? Fab. prorsus. Iul. ergo est obliquum. Fab. immo directum. Iul. non capio. Fab. ut intelligas exemplo opus est. Audi igitur.

Si Flaminius manu propria, uirgam solidam, rectamq́ ex ar-

bore auelleret, deinde eam tibi traderet, nonne tu alterius manu, illam caperes? Iul. certè. Fab. & tamen illa uirga; sic erit recta in manu tua, quemadmodum erat in manu Flaminii; & si tu illam alij, alius alij, & si mille alijs traderent, semper profecto uirga illa per se manebit recta.

Ita in proposito, dominia, quæ illi primi huius mundi habitatores directo occuparunt, erant sine dubio directa, quia non alterius manu, sed per se ea nanciscebantur. Si deinde aliqui illorũ, dominia illa, quæ apud eos erant directa, alijs tradiderunt, & alij alijs à tempore Noe, usque in hunc diem, certè illa eadem sunt. Erant igitur directa, directa itaque manent etiam hodie. Quotiẽs enim dominiũ transfertur, ad eum, qui accipit, tale trãsfertur, quale fuit apud eum, qui tradidit. l. traditio. ff. de acqui. rer. do. Dixisti mi Fab. dominium obliquum seu utile esse illud quod quis manu alterius capit, huic sententiæ uidetur obstare hoc, legatarius ab hærede accipit legatum. §. i. Insti. de leg. & tamẽ efficitur dominus directus, & consequenter habet directum dominium. Fab. quid ais mi Iuli nonne in legatarium ipso iure recta uia dominium transit. l. à Titio. ff. de fur.

Iul. negari non potest. Fab. ergo legatarius dominium rei legatæ ab hærede nequaquam accipit, & consequenter non est obliquum, tunc enim dominium est obliquum quãdo quis à principio manu alterius capit. non obstat. §. ille de leg. Insti. ibi enim legatarius non dominium sed rem ipsam ab hærede accipit.

Iul. & ratione, & exemplo cogis me ita esse fateri. Aueo iam scire, quo iure obliquum dominium cæpit. Fab. iure ciuili. Insti. de loca. & conduc. §. adeo. Iul. quãobrem tale dominium constitutum fuit? Fab. propter hominum utilitatem, nam olim, quando aliquis, ut puta Titius non habebat agrum, nec numos, quibus eum emeret ab alio, utputa, scio, multos habente, in perpetuum fundum conducebat fruendum: Idest hac lege, ut quãdiu pro eo constituta pensio penderetur, tamdiu, neque ipsi, qui conduxerat, neque his, qui in eorum locum successerant, auferri liceret. Seius igitur conductor, non per se, nec manu propria, sed manu Titij, & consequenter obliquè fundum accipiebat, & per consequens dominium etiam obliquè acquirebat. Et quia tale dominium ab eo, qui locauerat, in eum, qui conduxerat, obliquè ab initio translatum fuit. idcirco obliquum est appellatum. Hæc colliges ex. l. i. ff. si ager. uecti. uel emph. pet. & . §. adeò Insti. de loc. & conduc. Iul. mirifice uerba depingis.

Dominium obliquum quo iure cepit

& conduc. Iul. mirifice uerba depingis.

Sed his uidetur aduersari Paul. in. d.l i. Ait enim eum, qui ita conduxit, non effici dominum. Fab. & idem Paul. ibidem inquit, ei qui conduxit in rem actionem competere. Hæc autem competit ei, qui aut iuregentium, aut iure ciuili dominium acquisiuit. l. in rem. ff. de rei uend. Iul. ergo Paulus pugnantia dicit. Fab. minimè, utrumque enim uerum est. Nam directum dominium remansit apud eum, qui ita locauit, & ideo dicit, eum qui conduxit, non esse dominum, intellige directum. Obliquum uerò dominium apud eum est, qui conduxit, is enim etiam dominus appellatur. l. si possessores, in ult. uer. C de fund. patr. lib. x. Propter quod ei competit in rem actio, aduersus quemuis possessorem l. i. §, i. uers. sanè. ff. de superfi. Iul. iam aures non ita horrescunt.

Sed qui sunt, qui tale obliquum habent dominium? Fab. Emphyteota, Feudatarius, superficiarius, & eiusmodi. Iul. quid ais, superficiarij, non obliquum, sed utile dominium habent. Prætor enim superficiario utilem in rem actionem dat. l. in prouinciali. §. penul. ff de nou. ope. nunc. si igitur utilem in rem habet actionem, per consequens utile habet dominium. Fab. ita est, inquam, sed non sequitur, habet utile dominium, ergo non habet obliquum, eadem enim res est, sed una ratione obliquum, altera uerò utile appellatur. Quemadmodum enim una est substitutio, quæ obliqua, & fideicōmissaria appellatur. Obliqua dicitur, eò quòd manu alterius substitutus capit. Bar. in. d. l. centurio in pen. col. Fideicommissaria eò quia fidei hæredis committitur Insti. de fideicommis. hæredit.

Dominium obliquum etiā utile appellatur. se l unum est.

Ita in proposito, tale dominium dicitur obliquum, quia manu alterius capitur, ut supra dictum est, utile autem, quia habenti affert utilitatē. Iul. quid audio? Directus dominus nonne etiam habet utilitatem? Fab. minimè, si superficiei non dominatur. Iul. quo nam pacto id fit? Fab. dicam tibi, sed prius sciendum est, Quid superficiei appellatione continetur. Iul. & id aueo audire, dicas itaque.

LXXXII. Declaratio, superficiei, & quæ sit.

FAB. multi putant superficiem esse arbustum, uineam, domum, aliudue ædificium in solo conducto positum. Ita sentiunt plures glos. in.l.i.ff de sup rfi. & præsertim glos. in uer. si emerit in fi. pro qua uidetur tex. in l.fi. ff eo. Iul. & ego ita arbitrabar, nonne ita est? Fab minime. Iul. quid igitur est? Fab. superficies non inquam geometricam, quæ longitudine, latitudineque censetur, ut Boet. lib.1.Geomet. a t. de hac enim nunc non agitur) sed ea de qua in.l.i.ff de superfi quæ, ut grāmat ci uolunt, est superior pars, facies que cuiusque rei, quæ oculis cernitur. Superficies geometrica.

Diuiditur itaque solum in duas partes, in superiorem scilicet, & inferiorem. Pars illa superior, dicitur superficies. Iul. quatenus deorsum se extendit. Fab quatenus solis radij calefaciūt Iul. crassa, & alta est talis superficies. Fab. immo tenuis, respectu inferioris partis, quæ usque ad terræ centrum pertinet. Nihil enim per se ipsum paruum, aut magnum dicitur, sed eó quod ad aliud refertur. Nam mons quidam respectu alterius montis magni, paruus dici potest. Millium item, magnum respectu alterius milij parui. Aristo. in prædic, quat. eodem modo ista pars soli superior quæ superficies appellatur tenuis, subtilisque habetur, respectu inferioris, quæ est crassa, altaque usque ad centrum.

Iul. ergo domus non est superficies. Fab. non propriè. Iul. Nonne Iureconsulti uocant ædes superficiarias.l fi ff. de superfi. & insulam superficiariam l.inter quos.§.damni ff de dam.infec. Fab. nemo est, qui hoc neget. Iul. modo ais, modo negas, præter morem tuum. Negas.n. ædes esse superficiem. & fateris eas appellari superficiarias. Fab. amice agamus mi Iuli, nonne aliud est ager, aliud agrarius: cum ager substantiuum nomen, proprietas loci sit.l. quæstio.ff. de uerb.sign. Agrarius uerò adiectiuum est, quod ad agrum pertinet, ut lex agraria. Iul. sit sane, ut ais, quid sequitur?

Fab sequitur, ut eodem modo aliud sit hoc nomen substantiuum superficies, aliud superficiarius, ria, rium, adiectiuum. Superficies enim est superior soli pars, superficiarium d dicitur, quod ad superficiem pertinet, uel quod in superficie positum est. Hinc ædes appellant superficiariæ, quód in superficie positæ sūt. superficies aliud est quam res superficiaria.

Iul. ista hæc alliciunt quidem. Sed aduersari uidetur Paul.in.d. .l. damni.§.ei.ff.de dam. infec.ibi,qui in solo superficiē posuit. Nota illud uerbum posuit,si enim posuit,non est pars soli superior,ut ait,sed uinea,uel domus,quæ in solo ponitur.

Fab. non inficior superficiem interdum pro domo,quæ in soli superficie posita est, posse capi. Ponitur enim continens pro contento , sicuti aliquando ponitur domus pro familia , quæ in ea continetur.ut in.i. Polit.ubi dicitur. Omnis domus, hoc est omnis familia regitur à seniore,& ita loquitur Paul.in.d.l.damni &.l. inter quos.§. damni.ff.eod.Quod autem domus non sit propriè superficies , argumento apertè demonstratur hoc modo.

Superficies est illud,quod natura solo cohæret.l. obligationū ferè.§. placet.ff.de actio. & oblig.vbi Paulus in hæc uerba ait, si quis dixerit,se solum sine superficie cedere,nihil proficit , quo minus & superficies transeat,quæ natura solo cohæret,nota illud uerbum,natura,sed domus non natura,sed hominis artificio solo cohæret. Ergo domus non est superficies . Quid huic argumento responderi possit,non uideo . Iul. urget profecto.Sed quæro, an domus superficiei pars dici possit? Fab.certè.Quemadmodū enim fructus pendentes,pars fundi esse uidentur.l. fructus . ff. de rei uendi. Ita uinea,domus, pars superficiei esse uidetur, non tamen est integra propriecp superficies,sed superior pars soli continens uineam,domū,arborescp est integra propriecp superficies. Quod autem ista pars superior sit superficies, patet num.c.xxiij. ubi dicitur.Ecce populus,qui egressus est de Aegypto operit superficiem terræ,ibi,sine controuersia superficies capitur pro superiori terræ parte,non autem pro domo,& uinea, quia in deserto illo,necp domus,necp uineæ erant . Item dicitur superficies maris,in quo non sunt necp domus,necp uineæ. Vnde Aristo.iiij. Metheor. ait, aquæ superficies in profundum non cedit. Gene. c.ij. dicitur fons irrigans uniuersam superficiem terræ. Iul, assentior iam . Sed quid ad rem ? quæstio erat , Quamobrem dicatur dominium utile . Fab . quid ad rem ais? Ex his facilè per te colliges,quamobrem dominium appellatur utile . Iul. leua me hoc labore mi Fabi, si lubet.

LXXXIII Declaratio vtilis dominii.

FAB. ſatis tibi faciam audi. Illa ſuperior ſoli pars, quam ſuperficiem appello, eſt hominibus mirificæ vtilitati, atq; adiumento, ea enim ſolis radijs calefacta, omnes herbas, omnes plantas, omneiſq; fructus, & deniq; omnes fruges, hominum cauſa producit. ſolis enim radius ad generationem ſenſibilium corporum maiorem in modum confert, & ad ipſam uitam mouet, nutrit, auget, perficitq;. Hæc ad verbum S. Thom. in opuſ. ad magiſtrum Io. de Verr. arti. iij. hinc Ariſt. in ij Phyſ. ait, Homo hominem generat, & Sol. Hæc itaq; ſuperficies ſolis radijs calefacta, maximopere eſt utilis. Quamobrem, qui eam habet, eiq; dominatur, utilis dominus merito appellatur: & per conſequens utile inde dicitur dominium. Solis radiorum operatio

Iul. Hæc adeo ueriſimilia ſunt, ut non audeam negare. Sed quia iſtud utile dominium, paulo ante appellaſti obliquum. uelim ſcire. An obliquum, & utile ſint duæ dominij ſpecies. Fab. minime, ſed una tantum. Iul. quæ? dominium inquam obliquum illa enim obliqui appellatio, eſt ſpecifica differentia, quæ adiūcta dominio, uti generi, ſpeciem dominij facit, quæ dominium obliquum appellatur. illa quidem dictio utile, eſt quoddam accidens Accidit enim tali obliquo dominio, ut ſit utile, eò quòd is, qui tale habet dominium, utitur ſuperficie, quæ mirificas affert utilitates, ut dictum eſt, Illa igitur appellatio utilis eſt accidens, quòd & adeſſe, & abeſſe, præter ſubiecti corruptionem, ſine dubio poteſt, ut Dialectici aiunt, & conſequenter ſpeciem non conſtituit. Omne enim quod aduenit rei ſubſiſtenti, tanquam ipſam informans accidens eſt. ita S. Thom in opuſc. de plur. for. c. ij. Dominium quamobrem utile dicatur

Exempli cauſa, poſtquam homo ſubſiſtit. ſi ei adueniat muſicum, efficitur homo muſicus, illa forma muſicus, eſt accidentalis eò quòd poſtea aduenit, & poteſt abeſſe ſine corruptione ſubiecti. Nam ſi homo penitus muſicæ obliuiſceretur, nihilominus remanet homo. Forma accidentalisque.

Iul. fuit igitur huiuſmodi dominium prius obliquum quàm utile. Fab. prorſus. Iul. oſtende. Fab. finge Titium emere abs te ſuperficiem, facta traditione, ſtatim Titio obliquum dominium acquiritur. Obliquum inquam, eò quòd obliqué, manu, factoq;

alterius acquiritur. Acquisita hac obliqui dominij specie, Titi deinde incipit, uti superficie, arando, seminando, arboresq; poni do, & ita utendo, naturalem percipiet utilitatem, & ob id illud obliquum dicitur etiam utile. Quemadmodum homo prius di citur rationalis à forma specifica, deinde acquisita musica, dicitur homo musicus à forma accidentali: Ita dominium dicitur obli quum à forma specifica, & utile ab accidentali.

Iul. si illa appellatio utile est accidens, seu forma accidentalis, ergo poterit à superficie abesse. Fab. atqui. Finge enim omne quod in superficie positum est, aquarum impetu penitus erutum, totamq; superficiem arena obrutam, ita ut nec herbas, nec quic quam naturaliter queat producere. ueluti est littus maris, nonne talis superficies erit inutilis? Iul. sine dubio. Fab. & tamen illud dominium obliquum remanet apud eum, apud quem antea fuerat. Iul. ita puto. Fab. erit igitur tale dominium inutile. Iul. concedo. Fab. concedendum est etiam esse accidens, cum & adesse, & abesse præter subiecti corruptionem possit. Iul. cogis me iam fateri.

Dominium cur frequentius appellat utile quam obliquum.

Sed cur huiusmodi dominium à scribentibus appellatur utile, & non obliquum? Fab. solitum est, ut ab eo quod notius est nobis, incipiamus. Aristo. i. Phys. Notior est nobis accidentalis forma, quam substantialis. Notior enim est nobis nigredo corui, quæ est forma accidentalis, quam eius forma substantialis. Et ideo uulgo appellatur coruus niger non autem irrationalis.

Ita in proposito, notius nobis est, tale dominium esse utile, quam esse obliquum. Utile enim est forma accidentalis: *Obliquum* uerò differentia specifica, quæ est uti forma essentialis, ut Dialectici aiunt. Iul. acquiesco iam de hoc.

Dominium directum quando possit dici et utile.

Sed quæro utrum dominium directum, quod tu appellas unã dominij in genere speciem, sit utile, an inutile? Fab. potest esse, & utile, & inutile. Hæc enim appellatio utile, potest adesse, & abesse, cum sit accidens. Iul. Quando tale dominium dicitur utile? Fab. quando quis habet dominium inferioris partis soli, atq; etiam superioris, quæ dicitur superficies, si ea utitur, sine controuersia, dominium illud directum, dicetur utile, eo quòd dominus utili superficie utitur? Iul. bene est, sed quando est inutile? Fab. tunc cum locat alteri in perpetuum superficiem, iuxta. l. i. ff. de superf. Iul. nonne tunc dominium directum remanet penes locatorem. Fab. certè, sed cum nullam secundum naturam afferat utilitatem, utile dici non potest. Iul. quid ais? nonne ratio

ne talis dominij præstatur ei pensio? §. adeo Insti. de loc. & cō- duc. & ita dominium directum erit utile. Fab. præstatur quidē, sed illa pensio, non ex re, sed ex conuentione ab homine percipi tur, non est igitur utilitas rei. Vtilitas enim ab utor, uteris (ut grammatici aiunt) ducitur, qui igitur re non utitur, non habet ex ea utilitatem, dominus directus superficie, quam alij locauit, mi- nime utitur, non habet igitur ex ea utilitatem, & per consequens eius dominium, hoc casu, non dicitur per se utile. Iul. iam de hoc amplius non dubito, sed uno dubio auulso, non deficit alte- rum. Fab. quid dubij insurgit? Iul. hoc inquam.

Vtrum illud dominium, quod paulo ante appellasti ciuile, sit directum, an obliquum? Fab. nimis generaliter loqueris. Nam directum, & obliquum, sunt duæ specificæ differētiæ, & quidem oppositæ. Idcirco in una re eodem tempore esse actu non pos- sunt. Est igitur dominium ciuile uti genus subalternum, quod non actu, sed potestate has duas differentias, hoc est directum, & obliquum continet. Iul. quid differt, si dicatur actu, an potesta- te? Fab. tantum differt id, quod est actu, ab eo, quod est pote- state, quantum homo ridens, ab homine qui ridere potest, non ta- men ridet. Nam musicus dum canit, actu est musicus, dum non canit, potestate. Animal itaq; continet has differentias, rationa- le scilicet, & irrationale, potestate, & non actu, quibus duæ for- mantur species, hoc est animal rationale, & irrationale.

Dominium ciuile genus subalternum.

Ita dominium ciuile, uti genus, duas differentias, hoc est dire- ctum, & obliquum potestate, & non actu continet, quibus duas constituit species, idest dominium ciuile directum, & dominium ciuile obliquum.

Ciuile itaq; dominium aliud est directum, aliud obliquum. Iul. quod est directum. Fab. quod neq; manu, neq; facto alte- rius, sed iuris dispositiōe acquirit. Iul. & obliquū? Fab. quod ma nu, factoq; alterius nāciscimur. Et ne res exēplis egeat ita habe o.

Dominium ciuile obliquum ista e a species.

Dominium ciuile directum, est illud, quod per usucapionem nobis acquiritur. Tale n. dominium nec manu, nec facto alterius, sed iuris dispositione nobis acquirit, ergo directū, ut supra dixi.

Item dominium, de quo in. l. fi. C. de sacr. sanc. eccle. & in. l. à Titio. ff. de fur. est etiam directum, quia recta uia, ad nos sine al terius facto transit. d. l. à Titio. Nota quæso illa uerba recta uia quæ sunt in ea. l. nam si illud dominium recta uia ad nos transit, necessario est directum. Iul. placent hæc, sed dicas, is, ad quem tale directum, & ciuile dominium transit, habet ne etiā naturale?

Fab. non statim, sed mox facta rei traditione. §. per traditionem Insti. de rer. diuis. Iul. Si legatarius à morte testatoris, uel saltē ab adita hæreditate, rei legatæ dominium habet, quomodo agit actione personali, contra hæredem ad rem sibi dandam? aduersante. §. si itaq;. Insti. de actio. Fab. agit ad dandum respectu naturalis dominij, quod ante legati traditionem est apud hæredem. Iul. si dominium naturale est apud hæredem, ut ais, quonam modo legatarius agit actione in rem pro re legata. §. nostra. Insti. de leg. Fab quia habet ciuile dominium, cuius uirtute in rem legatam, actio ei competit. l. in rem. ff de rei uend. Vbi dicitur, in rem actionem ei competere, qui iure ciuili dominium acquisiuit. Iul. si est dominus, quomodo habet hypothecariam, cum pignus rei suæ consistere non possit? Fab. quia naturale dominium rei legatæ, ante traditionem non transit ad legatarium ideo non dicitur res sua respectu naturalis dominij. hanc ob causam, respectu naturalis dominij, non dicitur habere pignus rei suæ. Iul. iam satis in hoc mihi factum est.

Legatarius quomodo habet actionem in personam & in rem.

Reuertamur ad rem istud ciuile dominium, appellatur ne utile, an inutile. Fab. dic ut supra de naturali dominio dictum est. Iul. ita clarè ea, quæ narras uerbis depingis, ut non possim, ita esse, non confiteri. Sed hoc amplius scire uelim. Fab. quid. Iul. An quemadmodum appellatur dominium directum & utile, eodem etiam, modo, proprietas directa, & utilis appellari possit.

LXXXIIII. Declaratio proprietatis directæ, & obliquæ.

FAB. ut hæc intelligas, scire hoc prius oportet. Iul. quid? Fab. hanc appellationem dominij esse ad aliud. Iul. quid significat esse ad aliud? Fab. hoc inquam, quòd omnia relatiua, hoc ipso, quod sunt, aliorum esse dicuntur. Iul. explica hoc, exemplo. Fab. simile, nonne est relatiuum. Iul. negari non potest. Fab. eo ipso, quòd est simile, alicui simile est. Itē si est maius, minore aliquo est maius, per se enim nihil, neq; magnum, neq; paruum dici potest. Item si alia est, alicuius ala est. Eodem modo, si dominus est, alicuius rei dominus est, credis ne ita esse. Iul. inficiari non possum, nam & Dialectici, hoc ipsum aiunt, sed quorsum hæc. Fab. consequens igitur est, ut si est dominus directus, & proprietas, cui is dominatur, sit etiam dire-

Relatiuorum natura.

cta, sequitur enim, est dominus directus, ergo est proprietas directa, & è contrario, est proprietas directa, ergo est dominus directus.

Eodem modo ualet, est dominus obliquus, ergo proprietas, cui dominatur, est obliqua, & contra, qualis enim est dominus, talis est proprietas. Iul. ita puto, sed ad huc aliquantulum ambigo. Fab. faciam ne dubites. Iul. id uehementer expecto. Fab. attende igitur.

Si habeo superficiem a te emptam, uel in perpetuum conductam, atque mihi abs te traditam, habeo ne rē aliquam. Iul. certè Fab. si rem habeo, illa res, est ne communis, an mea solius. Iul. tua solius. Fab. si mea solius est, ergo est mea propria. Iul. ita fateor, hoc enim uerius dici potest nihil. Fab. si res mea propria est, ergo eius rei proprietas mea est. Iul. quo tendis. Fab. ut fatearis, proprietatem aliquam, esse obliquam. Iul. hoc ipsū audire desidero. Nam Ias. in. §. nihil commune ex mente Bal. ait, proprietatem semper esse directam, & nunquam obliquari, & consequenter nec emphyteotam, nec Feudatarium, nec superficiarium habere proprietatem. Hæc Ias. ad uerbum. Tu quid sentias aperito. Fab. Morem geram. Illam superficiei proprietatem, quam abs te accepi, accepi ne manu mea, an tua, factoque tuo. Iul. manu mea, factoque meo, sine dubio accepisti. Fab. te nemo te. Iul. quonam modo? Fab. quia, quando quis capit, manu, factoque alterius, sine controuersia oblique accipit. ita Bar. in. .l. Centurio in pen. col. ff. de uulg. & pupil. Quamobrem, si manu tua, factoque tuo, talem superficiei proprietatē accepi, obliquè quidem accepi. Ergo obliqua est proprietas. Iul. assentior iam, nec .n. est, quod contradici ullo modo queat.

Est igitur ex sententia tua, duplex proprietas. Fab. duplex quidem, proprietas enim, uti genus, in duas species diuiditur, in directam scilicet, & obliquam, sed obliqua à forma accidentali, quæ est nobis notior, utilis appellari solet, vt dictum est supra de dominio Iul. iam hæc uera esse confiteor, sed aueo ulterius scire. Fab. quid. Iul. Audiui sæpius dubitari an possessio, & dominium sint res incorporales, nec ne, Bar. in. d. §. nihil commune, dicit esse incorporales, ea ratione, quod ea, quæ sunt iuris, sunt incorporalia. l. i ff. de rer. diuis. in fi. sed dominium est ius .l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Item possessio inquit ipse, est iuris, ut not. in. l. i. ff. de acqui. possess. Ias. uerò ait, non probari in. l. ex hoc iure, dominium esse iuris. Nam licet, inquit ipse, ibi

Proprietas uti genus diuiditur in directum & obliquum

dicatur dominium esse ex illo iure, per hoc non probatur dominium esse ius. Patet ait ipse. quia ille tex. dicit ex hoc iure sunt contractus, & tamen contractus non sunt iuris, sed facti. l. consilio in fi. ff. de cura. furio. Item tex. ibidem dicit, ex hoc iure sunt bella & tamen bellum non est ius. Hæc ille ad uerbum, sed tu quid sentis.

LXXXV. Declaratio, an possessio & dominium sint res incorporales.

Dominium est incorporale.

FAB. Habeas pro comperto mi Iuli. dominium esse quid incorporale, & ad hoc probandum ita argumentum ducatur. Omne corpus potest tangi. l. i. ff. de rer. diuis. §. incorporalis. Nullum dominium potest tangi, ergo nullum dominium est corpus. Iul. si ita est, quid ad hoc dicis? Fab. quid est? Iul. dominium propriè non potest esse sine re corporali. Nam si dominium habeo, alicuius rei corporalis dominium habeo. Fab. Duæ incorporalium rerum formæ sunt. Vna, quæ præter corpora esse potest, & separata à corporibus perdurat, ut Deus, mens, anima, Altera uerò est, quæ licet sit incorporea, tamen sine corpore esse non potest, ut linea, & qualitas. Hæc enim sine dubio non sunt corporea. Corpus enim tribus dimensionibus, longitudine scilicet, latitudine, crassitudineq́ existit, ut in Geometria uidere potes.

At linea & qualitas, huiusmodi tres dimensiones non habent, ergo non sunt corpora, & tamen sine corpore esse non possunt. Ita ait Boe in .ij. editione in Porphyrium, in tex. mox de generalibus. Iul. quid hoc ad rem? Fab. ut ostendam dominium non esse corporale: Nam si non habet illas tres dimensiones, non est corpus, licet sine corpore esse non possit. Erit igitur necessario incorporale. Iul. hoc ita esse credo. Sed utrum dominium sit ius non satis constat.

Ius gentium est ordinatio gentium

Fab. ius est sine dubio. d. l. ex hoc iure, quicquid enim ordinatum est à iure, seu lege, iuris est, nam ordinatio, & constitutio gentium, est ius gẽtium. §. i. uers. quod uerò Insti. de iur. na. ge & ciuil. Ordinatio item, & constitutio ciuilis societatis, hoc est ciuitatis, est ius ciuile. Nam ius est ordinatio ciuilis societatis, ut ait Aristo. i. Polit. & d. §. i. uers. nã quod quisq́. Sed dominiũ est ordinatio, & constitutio gentiũ. d. l. ex hoc iure. Gentes. n. ordinarũt, ut dominia diuiderẽtur, & essẽt singulorum, ergo est ius. Iul.

cuius iuris est, gentium, an ciuilis? Fab. dominium quod supra appellaui naturale, est iuris gentium, quoniam a gentibus naturali ratione dictante, est constitutum. d. uers. quod uero, dominiū aūt ciuile est iuris ciuilis. d. §. 1. uers. quod quisq;.

Nec obstat quod ait Ias. immo glos. in. d. l. consilio in uer. facti insi. Ait .n. non sequitur. Hoc est ex iure, ergo est ius: nam cō tractus, inquit ipse, sunt ex iure. d. l. ex hoc iure, & tamen sunt facti. d. l. consilio. Iul. aueo audire, quamobrem non obstat.

LXXXVI. Declaratio, an contractus sint facti uel iuris.

FAB. hoc ipsum ordior. Audi igitur. contractus est quædā ordinatio à iure, hoc est constitutione gentium introducta. Gentes. n. introduxerunt numorum usum, & emptionem, & uenditionem, aliosq; contractus. d. l. ex hoc iure, & Aristo. 1. Po. de quo plenè alias diximus. Ordinauerunt præterea, ut forma cō tractus emptionis, & uenditionis, ita demum consisteret, si consensus partium, si res, si pretiū in numerata pecunia interueniret. Insti. de emp. & uend. in prin. &. § item pretium. Ordinauerūt item & aliorum contractuum formas, & talis ordinatio, est ius, & de hac loquitur. d. l. ex hoc iure.

Ordinatio uerò, quam faciunt contrahentes, eò quod conueniunt de re, de pretio, in pecunia numerata, est facti: & de hac loquitur. d. l. consilio. Cuius hæc sunt uerba, quia solutio, uenditio traditio facti sunt, quod perinde est, ac si diceret ipsum soluere, ipsum uendere, ipsumq; tradere facti sunt. Iul. potest hoc exēplo aliquo affirmari? Fab. certè. Nam medicina, quæ ab illis antiquis, peritisq; medicis constituta, compositaq; est, scientia perfectio est. At medicina, quæ ab aromatarijs componitur, sine dubio, non scientiæ, sed facti est. Ita ordinatio contractuum iure gentium constituta, iuris est: sed ordinatio contractuum facta à partibus facti est. d. l. consilio.

Contractus quando fiunt ab homine sunt facti

Itē ordinatio bellorū facta iuregentiū, hoc est ut bella gerant contra eos, qui parere tenenī, & parere nolunt ut in. 1. Polit. Itē ut solēniter indicanī, de cuius solēnitate apud Liuiū legeř potes. Talis inquam ordinatio est ex iuregentium, ut. d. l. ex hoc iure. Et ideo bella antequam gerantur, sunt iuris, sed quando indicuntur ac geruntur, facti sunt.

Bella simpliciter sunt iuris.

Ex ijs concludo dominium esse ius, & incorporale quidem.

Proprietas é incorporalis

Nec obstat, ut uides, id quod Ias. obijcit. Iul. quid de proprietate & possessione. Fab. eadem ratione sine controuersia sunt incorporales. Iul. sunt ne iuris. Fab. proprietas directa est iuris gentiũ Proprietas uerò obliqua, est iuris ciuilis, ut ex supra dictis patere potest. Possessio, quæ est ciuilis, est iuris ciuilis, Iul. & naturalis. Fab. est facti, ut plenè in materia possessionis declaratum est, ibi uideto. Iul. si naturalis possessio, est facti, ergo est corporea. Fab. non sequitur. Nam linea est facti, & tamé est incorporea, ut supra dictum est.

Possessio natural. sé usus

Præterea naturalis possessio est usus. l. quæstio. ff. de uerb. sig. cuius diffinitio hæc est.

Possessio naturalis est usus, à natura inductus, quo quis utitur re corporali, per se, uel per animata instrumenta, quo ad omnes & integros fructus secundum naturam. An hæc diffinitio sit bona, alibi diximus, si igitur est usus ergo non est corpus, quoniam non habet illas tres dimensiones, sine quibus corpus esse non potest. Iul. leges innuunt, hanc esse corporalem. Fab. quæ? Iul. l. quod seruus, & .l. si id quod .§. fi. ff. de acqui. posses. Fab. si bene animaduertisti, leges illæ appellant corporale, quoniam de naturali possessione loquuntur, quæ sine corpore, nec acquiri, nec retineri potest. id quod ostendit .d. l. quod seruus, ibi corporaliter à seruo tenetur, & licet non possit esse sine corpore, tamen ipsa non est corpus, ut de linea dictum est. Iul. satis iam mihi de hoc factum est, [illegible] Fab. quid nam id est? Iul. [illegible] naturaliter [illegible] nihil commune habere proprietatem cum possessione. Glos. [illegible] scribentes, in huiusmodi ni intelligent. [illegible] adeo ut mihi ex eorum lectione animus non [illegible] quid tu sentias, clarè more tuo id explanes.

LXXXVII. Declaratio, an proprietas, habeat aliquid commune cum possessione

FAB. morem tibi non inuitus geram, Attende, Vlpianus nimis generaliter locutus est, nulla enim in mundo res est, quæ aliquid commune cum alia re non habeat, & ut facilius intelligas. Scito, aliquid commune tribus modis posse considerari,

nam aut commune uersatur circa generalia, aut circa res, aut circa rerum operationes. Si primo modo consideretur, nihil est, quin aliquid commune habeat cum alio. Quicquid enim in mundo est, aut est substantia, aut qualitas, aut quantitas. Necesse est igitur, ut unaquæque res saltem unum eorum commune cum alia habeat.

Exempli causa, lapis cum angelis, & esse, & substantiam communem habet, herba & planta cum homine, commune habet, & esse & uiuere, musca cum elephanto, & esse, & uiuere, & sentire, Terra cum aqua frigiditatem, aqua cum aere humiditatem, aer cũ igne, caliditatem, terra cum igne, siccitatem communem habet, & sic de cæteris. Et hoc modo non capitur uerbum commune, in .d.§. nihil .nam proprietas commune habet cum possessione ipsum esse. Vtreque enim est. Habet etiam commune incorporeum, uti genus, utraque enim est incorporea .est etiam utrique communis hæc appellatio qualitas, utraque enim est qualitas, & secundum eam, quales esse dicimur. A proprietate enim proprietarius à possessione uerò, possessor appellatur. Cõmune tribus modis capitur

Habet præterea proprietas communem cum possessione relationem, utraque enim est ad aliud. Quemadmodum enim ala, & remus, sunt relatiua, eò quód sunt ad aliud, quoniam si ala est, alicuius ala est, si remus est, alicuius remitæ rei est, & contra

Ita, si proprietas est, alicuius rei propriæ est, si possessio est, alicuius rei possessæ est. Hoc ita esse, nec Dialectici negarent. Vides igitur, quot habeat communia proprietas cum possessione. Iul. ergo Vlpianus errauit, cum ait, nihil commune & c. Fab. minimè, fuit enim uir doctissimus, extraque omnem doctrinarum aleam positus, quamobrem non potuerunt huiusmodi cõmunia eum latere. De tali igitur communicatione nequaquam sentijt. Iul. ita prorsus crediderim, sed commune circa res, quo modo intelligitur.

Fab. hoc inquam modo, aut una res, per partem est communis, & non tota, utpote, si Titius in uno fundo, unam habeat partem, Seius uerò duas, talis fundus erit communis per partes. Aut res erit communis non per partes, sed usu, per tempora, ut seruus communis, uel equus. Aut res, uno tempore, omnibus erit communis, ut theatrum, platea, & hoc modo potest loqui Vlpianus, cum ait, nihil commune &c. Quoniam nullam rem sic communem habet proprietas cum possessione. Iul. fortasse ita est. Sed commune circa operationes, quonammodo intelligitur. Cõmune circa res

Operatiões rei procedunt a forma ei

Fab. ut bene capias, non est ignorandum, operationes, actionesq; omnes á propria & specifica rerum forma procedere, Sanc. Tho. in opus. de occul. operi. natu. Et diuersæ species, diuersas habent formas, & consequenter diuersas producunt operationes. Sed proprietas, & possessio sunt diuersæ species, ut supra ostensum est, Diuersas igitur habent formas, & consequenter diuersas producunt operationes. Exempli causa, uitis producit uuas, & non glandes, & quercus glandes, & non uuas, potest iure dici, Nihil commune habet uitis cum quercu scilicet quo ad propria operationem. Vrtica, forma, sua specifica, urit, lactuca autem refrigerat.

Species diuersæ diuersas producunt operationes

Item, alio modo hirundines, alio passeres nidificant. Ita alio modo philomela, alio turdus canit, Item planta, ut species ex forma propria, quæ est anima uegetatiua, producit flores, frõdes, fructusq;: & has operationes non habet communes neq; cum boue, neq; cum asino, neq; cum aliqua alia specie.

Ita in proposito, proprietas, ut species est, producit petitoriũ, hoc est in rem actionem. l. in rem. ff. de rei uend. quam cum possessione communem non habet. Possessio uerò producit possessorium, hoc est interdicta, quæ cum proprietate communia non habet. l. & an eadem. § si ff de excep. re. iudic.

Item, possessio cum bona fide, fructus ex fundo alieno perceptos facit possessoris. l. certum. C. de rei uend. & neq; hoc commune habet cum proprietate, quoniam proprietas, hoc minime operatur.

Item proprietas parit onus probandi, petitorio agenti. possessio uerò non onus, sed commodum affert. §. commodum Insti. de interd.

In his igitur, & si quæ sunt aliæ alterutrius operationes, nihil commune habet proprietas cum possessione, loquitur itaq; Vlpianus, iudicio meo, de secundo, & tertio modo communicationis, loquitur enim de petitorio quæ est propria operatio proprietas, & de possessorio, quæ est ipsius possessionis operatio, & neutra neutri est communis.

Cum itaq; tractetur ibi de proprietatis ac possessionis operatione, hoc est de petitorio, & possessorio. Illa uerba nihil commune &c. intelligenda sunt, ut subiecta materia postulat. l. si uno in prin. ff. loc. & Aristo. i Ethic. Hoc est nihil commune proprietas habet cum possessione, quo ad operationes. Iul. florida sunt, quæ pingis, & adeò animum oblectant, ut nequeam uidere

an inter

an inter hos flore aliquis lateat anguis. Fab. carpe hos flores, si placent, nec timeas. Iul. carpam nunc, deinde olfaciam, ut probem, an eorum odor sit naturalis. Interim hoc à te scire uelim. Fab: quid? Iul. hoc inquam.

An ei, qui possidet, in rem actio detur.

LXXXVIII. Declaratio an ei qui possidet in rem actio detur.

FAB. ambigua est petitio. Nonne iam nosti duplicem esse possessionem, naturalem scilicet, & ciuilem. Iul. noui, ut aiūt Fab. nosse etiam oportet, ciuilem possessionem, re absente, animo hoc est phantasia retineri .l. clam possidere .§. qui ad nundinas ff. de acqui. pos & supradixi. Iul. & hoc noui. Fab. At naturalis, si à re processeris, nullo instrumento ibi relicto, minime retinetur .d.§. qui ad nundinas. Iul. Quid autem, si in rei conspectu sim, ita, ut rem uideam? Fab. & ita etiam amittitur, quoniam naturalis possessio, est usus rei, ut dictum est, & qui de re processit, ea uti nequit. Iul. quid si is, qui fundum possidet, eum colere prohibeatur, nonne habet uti possidetis interdictum? Fab. habet quidem .l. si duo .§. item uideamus .ff. eod. Iul, quonammodo poterit tali interdicto uti? nam si de fundo egrediatur nemine ibi relicto, & eat ad iudicem, sententia tua, naturalē possessionem non retinet, & per consequens non possidet, & nō possidenti naturaliter tale interdictum nō datur, ut alibi dixisti. Naturalem enim possessorem prætor dumtaxat tuetur .l. i. §. est igitur. ff. uti possid. Fab. ingeniosus es profectò mi Iuli, sed animaduerte quæso. Possessio ciuilis re absente retinetur phantasia.

Quemadmodum enim dupliciter, quis scire musicam dicitur, Nam & is, qui scientiam habet, habitu, seu potestate, & non utitur hoc est non canit, dicitur scire musicam, & is, qui habet scientiam actu, & usu, hoc est is, qui canit, dicitur scire musicam. Aristo. vij. Ethic. Dupliciter quis dicit aliud habere.

Ita, is, qui utitur fundo, dicitur possidere actu, & usu, & per consequens naturaliter. Is uerò qui non est in fundo, sed iuit ad Iudicem, nemine ibi relicto, dicitur naturaliter possidere potestate, & consequenter quando uult, potest actu naturaliter possidere & hoc ipsum ita possidere, hoc est, potestate, sufficit ad hoc ut detur interdictum uti possidetis. Iul. ita esse certè credo.

Possidet ci uiliter actu, etiam si res absit.

Sed is, qui ciuiliter possidet, si a re procul absit, possidet ne potestate, an actu? Fab. actu quidem, quia is, qui à fundo discessit, etiam re absente, retinet actu fundi similitudinem, seu speciem, per quam ciuilem possessionem ex ciuitatis institutione actu retinet. d. l. clam possidere. §. qui ad nundinas. Iul. iam ad propositum redeamus. Et si hæc ita sint, quid tum? Fab. hinc certò scies, utrum possidenti in rem actio detur.

Finge enim, Titium, & naturaliter, & ciuiliter fundum possidere, Finge, eundem ad nundinas, nemine ibi relicto, profectum nonne ita absens ciuiliter possidebit? d. §. qui ad nundinas. Iul. ita reor. Fab. si antequam Titius redeat, alius, puta Sempronius eundem fundem occupet, eoque utatur, nonne Sempronius naturaliter possidebit? Iul. negari non potest. d. §. qui ad nundinas. Fab. si deinde Titius reuersus, ad iudicem eat, non tamen existimans se posse à Sempronio repelli, nec ipse uult illum ui reijcere nonne poterit in rem actione aduersus Sempronium agere. Iul. certè secundum Bar. in. d. §. interdictum. uers. quærit glos. ff uti possid. Fab. ergo ei, qui ciuiliter possidet, in rem actio dari potest. Et uerò, qui naturaliter possidet rem, ea utendo, uel per se, uel per instrumenta, in rem actio, & si dominus sit, dari nequit. A quo enim rem, qua ipse utitur, uendicabit? & in hoc casu loquitur. §. æquè, uers. ei uerò qui. Insti. de actio. & l. i. §. interdictū autem. ff. uti possid.

Possidenti ciuiliter potest dari in rem actio

Iul. Tua igitur sententia is, qui naturaliter rem possidet, eam uendicare nequaquam potest. Fab. ita prorsus sentio. Iul. huic sententiæ mirum inmodum obstat. l. officium. ff de rei uendi. Fab. quonam modo? Iul. hoc inquam. Nam quidam, puta Titius, rem suam apud Sempronium deposuit, uel ei commodauit, uel fundum eidem locauit, quo casu, Titius sine dubio, rem illam per Sempronium, uti per animatum instrumentū naturaliter possidet. l. qui uniuersas. §. fi. ff. de acqui. pos. & tamen idem Titius potest eam rem uendicare. d. l. officium. Et ita clare patet, ei qui naturaliter possidet, in rem actionem competere.

Fab. non est, ut ais, nam licet Titius qui rem deposuit, uel commodauit, uel locauit, naturaliter eam possideat. d. §. fi. & l. fi. ff. unde ui. Tamen si amicè rem à Sempronio repetit, Sempronius uerò noluerit restituere, statium Titius naturalem possessionem amittit, quoniam Semronius non est amplius, tanquam Titij instrumentum, sed nomine suo possidet. l. colonus. ff. unde ui. Poterit itaque Titius natutali possessione amissa, uel agere unde ui in-

terdicto.d.l.si. uel rem uendicare.d.l.officium. Quare quando Titius in rem agit, naturaliter non possidet.

Vel dicas & fortasse melius, Titium deposuisse rem meam, apud Sempronium, uel commodasse, uel ei locasse. Quamobrē Sempronius non meo nomine, nec uti meum instrumentum, sed nomine Titij, & tanquam Titij instrumentum, rem illam tenebat, & per consequens eam rem naturaliter non possidebam, cum ea, nec per me, nec per animatum instrumentum uterer, & Sempronius non pro se, sed pro Titio tenebat. Quamobrem, cum ego eam uendico, naturaliter non possideo, & hoc casu loquitur.d.l. officium, stet ergo firma conclusio hæc.

Ei, qui naturaliter possidet, in rem actio non datur. quippe cū sufficiat ei, quod possideat.d.l i.§.interdictum autem.ff.uti possid. Iul. certè hæc uero consentanea uidentur. Id circo assentior sed hoc amplius à te scire uelim. Fab. quid? Iul. vtrum cum scribentibus sentias? Fab. quid aiunt? Iul. interdictum uti possi. dari etiam ei, qui ciuiliter possidet.

LXXXIX. Declaratio an interdictum uti possidetis detur ciuiliter possidenti.

FAB. & ego in hunc diem solitus sum in hanc sententiam pedibus ire. Hodie uerò aliter sentio. Iul. quid inquam. Fab. interdictum illud minime ei, qui ciuiliter possidet, competere. Iul. & id scire aueo, ostende si potes. Fab. non te latet mi Iuli eum, qui de fundo discessit, nemine ibi relicto animo idest phantasia, ciuilem dumtaxat possessionem retinere. d.l. qui ad nundinas, & ibi Doct. Iul. ita est, quid tum. Fab. quemadmodum igitur, qui fundi speciem, seu similitudinem oculis perceptam, etiam fundo absente, retinet, is à nemine prohiberi potest quo minus eam ita retineat. quominusq́ eam contempletur.

Possidenti ciuiliter non datur interdictum uti possid.

Ita is. qui ciuilem possessionem, per illam fundi similitudinē, animo, hoc est phantasia retinet, quo minus ita retineat, possideatq́, prohiberi à nemine potest. Impossibile est enim, ut quis me animo possidere prohibeat.

Sed interdictum uti possi. ei datur, qui possidere prohibetur. d.l.si duo.§. hoc interdictum.ff. uti possid ubi Paul. ait. Hoc interdictum sufficit ei. qui ædificare in suo prohibetur. & .l.1.§. est igitur, eo tit, ubi Vlpianus ait, hoc interdictum, huius rei cau

sa red litur ne ui s fiat, ei qui possidet. Sed possidenti ciuiliter, non potest uis fieri, quominus possideat, Ergo dicēdum est, illud interdictum ciuiliter possidenti non dari.

Et nota hoc mi Iuli, quia destruit solutionem, seu intellectum communem ad. §. nihil commune, de quo inferius. Iul. certum est illud interdictum tueri possessionem. d. §. est igitur, de qua igitur possessione loquitur. Fab. de naturali inquam. Naturalis enim possessio est, usus rei, ne quis igitur uti re prohibeatur, tale interdictu merito scriptū est id quod patet in. d. l. si duo. §. hoc interdictū. ubi Paul. ait, hoc interdictū sufficit ei, qui ædificare, in suo prohibetur, etenim uideris mihi possessionis controuersiā facere, qui prohibes me uti mea possessione. Hæc ille. Nota illa uerba, me uti mea possessione. Ex illis. n. patet, dictum interdictum loqui de possessione quæ est usus. Ea autem est naturalis, ut sæpe dictum est, in declaratiō naturalis, possessionis & illud uerbum possessione, ponitur pro fundo l. interdictum. ff. de uerb. sig.

Interdictum uti poss. primo naturali poss. solum scriptum est

Præterea in. l. si duo. §. itē uideamus. ff. uti possi. Iurisconsult. ait si tibi uim fecerit, quominus eas uites, uel præcidas uel traducas, uim tibi facere uidetur, quominus possideas. Hæc ille, ex quibus aperte ostendit præcidere, uel traducere uites, esse idē, quod possidere. & ita possidere, est naturaliter possidere. Cū naturalis rei possessio, nil aliud sit, quam ipsius rei usus. d. l. quæstio, & dixi in diffinitione sua supra in decl. lviij.

Sequitur Paul. inquiens, eum enim qui colere prohibetur, possidere prohiberi, Pedius ait. Sententia igitur Pauli, colere fundū est idem quod fundum possidere, non inquam ciuiliter, sed naturaliter. Ciuilis. n. non consistit in colendo fundo, sed in animo, . l. in phantasia l licet & ibi nor. C. de acqui. posses. Naturalis est quæ in colendo fundo consistit: cum sit rei usus, ut sæpius dictū est, & plenè in declaratione naturalis possessionis.

Ex his concludo interdictum uti possidetis, ei dūtaxat dari, qui naturaliter possidet. Possidenti uero ciuiliter, datur interdictum recupe. l. clā possidere §, qui ad nundinas. ff. de acqui. posses. Iul. dicas quæso, qui habet interdictum uti possid. nōne pōt rem uendicare. Fab. pōt profecto. d §. nihil cōmune. Iul. ergo tibi ipsi aduersaris. Fab. quonā mō. Iul. dixisti paulo ante ei, qui naturaliter possidet, non cōpetere in rem actionē, & mō dicis, habentē interdictū uti poss. naturaliter tantum possidere, & posse remuendicare.

LXXXX. Declaratio, quando naturaliter possidenti, competat rei uend.

FAB. animaduerte mi Iuli, quando ego fundum naturaliter possideo, nec est alter, qui naturaliter eundem fundum se possidere contendat, tunc non datur mihi in rem actio. §. æqué. uers. ei uerò. Insti. de actio. sufficit enim mihi, quod possideam .d.l.i.§. interdictum autem .ff. uti possid. At si ego colam fundum, & sic possideam naturaliter, & tu eundem fundum, te magis possidere affirmes, dicens illum introisse, illumque arasse. Et ideo inter nos cõtendatur uter, nostrum possideat, hoc casu, quia ego possideo, possum interdicto uti possidetis, sine dubio uti. d. .l i. §. inter litigatores cum sequen. Et quia tu magis te possidere affirmas, ideo possum aduersus te in rem agere, ut si fundum esse meum probauero, illum mihi liberum restituere iubearis. l. qui restituere iubearis. l. qui restituere ff. de rei uend. Non datur igitur mihi, in rem actio, eo quod possideam, hoc .n. esset contra. d. .§. æqué uers. ei uerò sed datur eò quòd, tu magis te possidere affirmas. Ideo quòd sicut tu, totum fundnm coluisti. Nota hanc distinctionem

Iul. Si igitur introiuisti fundum, illumque arasti, deinde ego ingrediens, eundem aro seminoque, uterque nostrum, tua sententia, naturaliter possidet. Fab. certè Iul. ergo possunt duo insolidum possidere. Fab. possunt hoc modo, hoc est diuerso tempore .l. si dico. ff uti poss. in prin. Iul. si ita ais, occurret tibi l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. comm. & .l. iij. §. ex contrario .ff. de acqui. poss. ubi Paulus ait, Non magis eadem possessio apud duos esse potest, quàm ut stare uidearis in eodem loco, in quo sto, uel in quo ego sedeo. tu sedere uidearis. Fab. & his fortior occurrit. d. l. si duo .ff uti poss. Iul. lex illa si duo, non obstat. ibi enim secundum glos. & Bar. unus possidebat ciuiliter, alter uerò naturaliter, & duos posse insolidum diuerso iure possidere, nemo est qui neget. Fab. lex illa, si duo, loquitur de interdicto uti poss. quòd possidenti ciuiliter non datur, ut supra ostensum est.

Dicas itaque duos posse eundem fundum insolidum naturaliter possidere, diuerso tamen tempore, insolidum inquam, id est totum integrumque; Hoc enim significat solidum, ut aiunt gramma- Vera solutio

tici,quamobrem possum ego hodie,totum fundum arare,deinde aliquot interiectis diebus,idemtidem potes tu eundem fundum arare,seu seminare,non tamen potes eodem momento arare,ubi ego aro. Hoc ipsum innuit Paul.in d §.ex contrario,dum ait,ut tu stare uidearis in eodem loco,in quo sto. accuratè dixit,& nō steti. Deinde ait,& in quo loco sedeo, tu sedere uidearis, non ab re dixit,sedeo,& non sedi,& sto,non steti. Nam ubi ego steti,tu deinde stare potes:& ubi sedi,tu mox sedere potes. & hoc modo non pugnat,ut duo dicantur insolidum naturaliter possidere & hoc modo uterque nostrum, contendet insolidum possidere.d.l.si duo. Et ideo uterque interdicto,uti poss. experiri poterit & si inter nos proprietatis controuersia sit,uterque poterit, & interdicto,& rei uendicatione,diuersa tamen ratione,agere. Nam ea ratione,qua ego possideo,interdicto uti poss.utar. ea autem ratione, qua tu contendis, te magis possidere,potero cum proprietas ad me pertinet, in rem, aduersus te agere. & tu eodem modo aduersus me experiri potes. Iul. facies mihi rem pergratam,si hæc rursus repetens in regulas summatim colliges,ut facilius memoria teneantur. Fab. geram tibi morem, sed tu attentè audi. Iul. dicito audiam .n. utraque aure.

Prima regula

Fab. Prima regula sit hæc, ei, qui naturaliter fundum possidet, arando,seminando,uites arboresque ponendo,si alter se possidere,non contendit,in rem actio prodita non est.d.§. æquè. uer. ei uerò Instit.de action.ratio est,quia sufficit ei, quòd possideat. d.l.i.§.interdictum autem .nec habet aduersus quem agat.

Secunda regula

Secunda regula est,si inter litigatores, proprietatis controuersia non est,sed conuenit alterum esse dominum,alterum uerò possessorem,& iste possessoris commodo,ille petitoris onere fungetur,& ideo ei,qui dominus est,aduersus possessorem,sine dubio in rem actio detur,adhoc ut id quod non possidet,ei restituatur, d.l.i.§.inter litigatores. & §.& ut Pedius. & hoc casu loquitur totus titulus.ff. & .C.de rei uend.

XCI. Declaratio .§. nihil commune .ff. de acqui. pos.

Tertia sit regula, si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia & alteruter se magis possidere affirmat. Vterq; .n. probat, se arasse coluisseq; integrum fundum, diuerso tamẽ tempore, idcirco nunc alter, puta Sempronius, alterum puta Titium, colere fundum prohibeat. ei, id est Titio, qui dicit se dominum, aduersus alterum, hoc est Sempronium, qui se possidere cõtendit, in rem actio datur, ad hoc ut fundus expeditus, & sine molestia ei relinquatur. & quia Titius non solum se dicit dominum, sed etiam totum fundum, se possidère affirmat, ideo interdicto uti possidetis, sine dubio experiri non prohibetur, ad hoc ut suam tueatur possessionem. Tale enim interdictum possessorẽ tuetur. d.l.i.§ est igitur. Hanc ob causam si à principio cępit rem uendicare, deinde pœnitentia ductus, ne dominij probandi onere fungi cogatur, quod difficile est. l. cum res & ibi not. C. de proba. interdicto uti possidetis experiri non est denegandum. & in hoc casu loquitur. d.§. nihil commune. Iul. Tres hæ regulæ sunt mihi cordi, sed si ita ille. §. intelligatur. obstat. l. ordinarij C de rei uend. & l. non est incerti. C de interdic. Vbi quando est, & proprietatis, & possessionis controuersia, ex ordine iuris, prius possessionis quæstio decidi oportet, qua decisa de proprietate agendum est. & in d.§. nihil commune, actor prius cæpit rem uendicare. & c. Fab si bene mi Iuli animaduertes, illæ huic .§. minimè obstant, & ut bene intelligas, ita habeto.

Interdum inter litigatores, puta inter Titium & Sempronium nõ est proprietatis controuersia, eò quòd dicit se dominum, Sempronius uerò non aduersatur, tamen inter eos contenditur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, hoc casu, Titius potest aduersus Sempronium agere, eò quód ille magis possidere affirmat. & postquam Titius cæpit rem uendicare, potest si uult, interdicto uti possidetis, experiri, eò quod ipse etiam se magis possidere asserit. & ita loquitur. §. nihil commune.

Sed qudo inter litigatores & ꝓprietatis, & possessionis ẽ cõtrouersia, tũc prius interdicto uti possidetis agendũ, ẽ ut apparet uter petitor sit, uter possessor, & in hoc casu loquitur. d.l. ordinarij. C. de rei uend. & d.l. incerti, C. de interdict. Iul. quænã

est causa huius ordinis. Fab. ea, quòd & ciuilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius à possidente petat, ut ex hoc ordine de dominij disceptatione probationes ab eo, qui de possessione uictus est, exigantur, & ita loquuntur. d. l. ordinarij & d. l. incerti, & . §. retinendæ Instit. de inter. Iul. ergo dictæ leges locum habent, quando est proprietatis quæstio. Fab. certe ut patet ex earum lectione. Iul. ergo in §. nihil commune non erat proprietatis controuersia. Fab. ita est. nam ibi nulla talis controuersiæ fit mentio, nec præsumenda est, cum sit quid facti. arg. l. in bello. § factæ. ff. de capt. & postl. reuer.

Petitorium & possessorium an possint simul concurrere

Iul. Ex his quæ dixisti, uideris sentire in d. §. nihil commune posse & petitorio & possessorio agi. Fab. Ita prorsus sentio. Iul. si ita sentis scribentes illico reclamabunt. Aiunt enim petitorium, & possessorium retinendæ non posse simul concurrere, allegant. d. l. incerti, & . l. ordinarij. Fab. cui parti textus scribentes ita occurrunt? Iul. secundæ, ibi, & ideo. & c. Fab. & quonammodo talem obiectionem reijciunt. Iul. tribus, ut reor, modis. Primò, dicunt eũ, qui prius egit petitorio, succubuisse, deinde possessorio egisse, quod si ita est, non fit concursus, inquiunt ipsi. Fab. subtilis est hæc solutio. Iul. quamobrem? Fab. quia diuinat, quòd in hisce non est admittendum. item est contra textum, dum ait, cæpit rem uendicare, & sic iudicium erat cæptũ, & non finitum arg. l. ubi cæptum. ff. de iudi.

Nec obstat, quod inferius dicitur, qui rem uendicauit, si uendicauit, ergo erat iudicium perfectum. Respondetur enim, quod uerbum uendico, idem est, quod approprio. & meum esse dico. Laurent. Val. lib. v. cap. cccvi. & est perinde ac si diceret, non uidetur possessioni renunciare, qui rem uendicauit, id est qui dixit, rem esse suam, & nunc id amplius non uult dicere, sed uult mutare actionem, & experiri interdicto uti possidetis. Quamobrem illud uerbum uendicauit præteriti perfecti, ostendit perfectã esse petitionem non autem iudicium.

Solutiones scribentium

Iul. soluunt & aliter. Fab. quonammodo? Iul. dicunt eum qui egit possessorio, expresse renunciasse petitorio. Fab. hoc etiam est diuinare. Iul. Tertio dicunt, eum, qui prius petitorio egit, si deinde possessorio experiatur, uideri tacitè petitorio renũciare. Fab. hæc solutio non est admittenda. Est enim contra Vlpianum, ibi, dum ait. non uidetur possessioni renunciasse, qui rẽ uendicauit. & ratio est, quia proprietas nihil commune habet cũ possessione. eadem ratione, non uidetur petitorio renunciasse qui

uti poſſidetis interdicto, poſtea agere cœpit, cum nihil commune habeat poſſeſſio cum proprietate, & cur non idem utroque caſu dicatur, ratio reddi non poteſt. arg. l. a Titio. ff. de uerb. obl.

Iul. ſi ſcribentium ſolutiones, tibi non ſatisfaciunt, tu quonam modo refutas contrarium? Fab. notandum eſt mi Iuli, quod hoc uerbum concurro, ſignificat, uel ſimul curro, uel contra curro. ut Grammatici uolunt, ſimul currere dicuntur, qui eadem hora, eodemque momento currũt, ut ad deorum templa multi concurrunt. Contra currere dicitur, quando unus aduerſus alterum currit. ut inquit, Virg. audetque uiris concurrere uirgo. Neutro modo in d. §. nihil commune ſit petitorij, & poſſeſſorij concurſus. non enim actor, puta Titius, agens petitorio, & reus, puta Sempronius agens poſſeſſorio concurrunt, hoc eſt alter contra alterum currunt, hoc eſt agunt, nec Titius actor agit, & petitorio, & poſſeſſorio ſimul, aduerſus Sempronium. Ita ut petitorium, & poſſeſſorium ſimul eadem hora, in Sempronium concurrant. Sed Titius actor, prius cœpit rem uendicare, poſtea mutato propoſito, pendente in rem actionis iudicio, cœpit uti poſſidetis interdicto agere, ne probandi dominij onere fungeretur. Id quod etiam in interdicto unde ui fieri licet. l. cum fundum. §. ſi. ff de ui & ui arm. & etiam in alijs actionibus id conceſſum eſt. l. edita. C. de eden. & ibi ſcribentes Non ſit igitur in d. §. nihil commune petitorij & poſſeſſorij concurſus. Iul. & mihi, ut ais, prorſus uidetur, & ita iam eſſe opinor, & ſi ita eſt in d. l. ordinarij & d. l. incerti iuris, ille ordo, ut prius interdicto uti poſſidetis, quàm in re actione agatur, non eſt conſtitutus, ut petiturij, & poſſeſſorij concurſus euitetur. Fab. rectè ſentis. Iul. Quæ fuit igitur cauſa talis ordinis. Fab. paulo ante dixeram. Iul. penè mihi excidit, repete ſummatim, ſi placet.

Noua ſolutio.

l. ordinarij. C de rei uend. ordo quare fuit inuentus.

XCII. Declaratio l. ordinarii. C. de rei uend.

FAB. faciam, audi igitur attentè. Quando ab utraque parte, de proprietate alicuius rei cõtrouerſia fit, niſi prius exploratum fuerit, uter poſſideat. non poteſt petitoria actio inſtitui. §. retinendæ. Inſtit. de interd. Nota illud uerbum, non poteſt quod remouet potentiam ab actu. Iul. quamobrem hoc fit? Fab. quia & ciuilis & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius à po

ſſidente petat, ita ad uerbum, imperator in. d. §. retinendæ. Iul. & talis ordo in d. §. nihil commune, quamobrem non eſt ſeruandus. Fab. quia inter partes, puta Titium, & Sempronium non proprietatis, ſed poſſeſſionis controuerſia erat, Proprietas. n. erat Titij quod Sempronius nec affirmabat, nec negabat, ſed inter ipſos cõtendebatur, uter poſſideret. quamobrem quia Titius dicebat ſe dominum. & Sẽpronius ſe poſſidere affirmabat, potuit Titius à principio aduerſus Sempronium in rem agere, deinde mutato cõſilio, actionem mutare licuit, & uti poſſidetis interdicto experiri. & hoc modo intelligitur ille. §. nihil commune.

Iul. hæc ita me capiunt, ut nõ audeã aduerſari. cuperem tamen abs te audire, quid ſentias de eo, quod ſecundò opponitur ad tertiam partem textus, dum ait Vlpianus. Non uidetur poſſeſſionẽ renunciare, qui rem uendicauit. Fab. quomodo opponunt? Iul. hoc inquam modo. Aiunt enim ei, qui poſſidet, in rem actionem non competere. d. §. æquè. uerſ. ei uerò. Inſtit de actio. Sed in. §. nihil commune, actor utpote Titius poſſidebat, quód eò patet, quia habet interdictum uti poſſidetis quod non competit, niſi ei, qui naturaliter poſſidet, ut ſupra dixiſti. Ergo Titius in rem agere non poteſt, & tamen agit, ut patet in tex. Quamobrem cũ cæperit rem uendicare, uidetur neceſſariò poſſeſſionem renunciare, alioquin petitoria actio inſtitui non poſſet. d. §. retinendæ. Inſtit. de interd. & tamen Vlpianus expreſſe in fi. tex. ait, eum, qui rem uendicare cæpit, non uideri renunciare poſſeſſioni. Ecce quomodo ex ſcribentium mente opponitur.

Solutio doctorum — Fab. & quomodo ipſi ſoluunt? Iul. dicunt, quod agens petitorio, neſciebat ſe poſſidere. poſſidebat enim per ſeruos, uel filios. Si igitur neſciebat, non poteſt cenſeri, poſſeſſioni renunciare, quia iuri, quod quis ſe habere ignorat, non intelligitur renunciare. l. mater decedens. ff. de inoff. teſta. Fab. iſta hæc ſolutio nequaquam admittenda eſt. Dic quæſo mi Iuli. Quomodo ignorat ſe poſſidere, ſi agi uti poſſi. interdicto? Iul. quia quando cæpit rem uendicare, ignorabat ſe per filium, uel ſeruum poſſidere: poſtea uero id reſciuit. & ideo omiſſa in rem actione, ne probandi onere fungeretur. uti poſſ. interdicto egit. Fab. minimè hoc placet. Quod enim non eſt uero ſimile, non eſt admittẽdum. ſed quòd quis ignoret, quid eius filius quidue ſeruus agat, uerosimile non eſt. arg. l. Octaui. ff. und. cogn. Non eſt igitur hoc admittendum. Præterea paterfamilias, uti bonus gubernator, præſumitur ſcire, quæ ab eius familia efficiuntur. arg. d. l. Octaui. in fi. &

Reiectio ſolutionis Doct.

per consequens præsumendum est. Eum, qui cæpit rem uendicare, non ignorasse per filium, uel per seruum se possidere non obstar. l. si ff. pro soc. á Bar. allegata, quoniam si eam accuratè inspicias, inuenies diuerso in casu, sine dubio, loqui. Præterea ut dicit Bar. hæc solutio, habet nescio quid diuinatiōis, & ideo reijcienda est. Iul. si prima hæc satis non facit, accipito secundam. Fab. quænam est? Iul. dicunt, quando actor cæpit rem uendicare, certè non possidebat, sed postea possessionem acquisiuit, idcirco nō uidetur possessioni renunciare, eò quod iuri quærendo, nunquã quis renunciare intelligitur. l. si ita scriptum. §. sub conditione. ff. de leg. ij. dum igitur scribentes dicunt, agentem rei uendicatione censeri possessioni renunciare: id locum habet, si possidebat, dum cæpit rem uendicare. Fab. ista solutio multo magis diuinat, & ideo magis reijcienda. Iul. si nec ista secunda placet, accipito tertiam, quam aiunt esse ueram. Fab. referas ut uideamus, an textui sit consentanea.

Iul. Dicunt in hoc. §. nihil commune, possessorem egisse rei uendicatione contra simplicem detentatorem, pro sola (ut aiunt) tenuta. Deinde ratione ciuilis, quæ est penes agentem, agit interdicto uti possidetis, ne ei ciuilis turbetur, & ita utrunque simul intentaretur, diuersis tamen respectibus, & hoc casu naturalis restituitur per interdictum uti possidetis. ita glos. quam sequuntur doctores. Fab. quid uolunt, dum aiunt, diuersis respectibus? Iul. hoc inquam. Vno respectu, actor, puta Titius agit petitorio, aduersus reum, puta Sempronium, qui rem detinebat, & ideo agit ut sibi restituatur naturalis possessio, seu potius (ut aiunt) tenuta. Deinde alio respectu, agit, quoniam ipse possidet ciuiliter. Ne igitur turbetur in sua ciuili, agit interdicto possessorio, hoc est interdicto uti possidetis. & sic respectu tenutæ, quæ est penes reum, agit petitorio, respectu uero ciuilis, quæ est penes ipsum agit possessorio. Solutio Doc.

Fab. ne progrediare ulterius mi Iuli, propterea quod nec ipsa placet. Nam Vlpianus in. d. §. nihil commune generaliter locutus est de omni casu, in quo & rei uendicatione, & uti possidetis interdicto agi potest. Hæc autem tertia solutio. §. illum, ad unũ tantum casum contrahit, quod minimè est faciendum. arg. l. i. ff. de legat. præst.

Item interdictum uti possidetis, possidenti ciuiliter minimè datur, ut supra demonstratum est. Iul. si glos. & scribentium solutiones, non placeut, dicas obsecro, quid de tali oppositione sẽ

tias. Fab. paruifaciendam esse existimo. Iul. quamobrem? Fab. quia in casu, de quo agitur, locum non habet. Iul. hoc quo modo ostendes? mirum in modum aueo audire. Fab. audi igitur attentè. Iul. dic rogo.

Vera solutio ad oppositioné.

Fab. Quando inter duos, utputa inter Titium & Sempronium, contenditur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, & ideo omnis controuersia est de possessione, proprietatis uerò nulla fit controuersia, cum sine dubio sit ipsius Titii tunc si Titius uelit rei uendicatione aduersus Sempronium agere, potest utique, quia ipse est dominus, & Sempronius possidet, ut ipsemet affirmat. & si Titius etiam possidet, ut ipse asserit, quomodo poterit rei uendicatione experiri? d. §. æquè uers. ei uero qui. Fab. quando quis utpote Titius naturaliter fundũ possidet, nec est alter, qui contendat, eundum fundum se possidere, sine dubio Titius, ita naturaliter possidens, non habet rei uendicationẽ, quia sufficit ei quod quiete possideat. l. i. §. hoc interdictũ. ff. uti possidetis. Sed quando est alter, utpote Sempronius, qui se magis possidere affirmat, & re uera naturaliter possidet. quia arauit, seminauitue fundum, tunc Titius, ad quem proprietas spectat, potest illum fundum uendicare, ut is sibi expeditus, & sine molestia relinquatur, & hoc casu non est opus, ut censeatur renunciare possessioni, quam ipse habet, cum reus, id est Sempronius affirmet se possidere, & quidem possideat. & in hoc casu non loquitur uersiculus, ei uerò qui.

Nihil obstat igitur quin rei uendicatio in hoc casu, locum habeat, cum adsint duo extrema ad id requisita, dominium scilicet apud actorem, possessio uero apud reum. & in hoc casu loquitur, d. §. nihil commune.

Iul. iam, ut dicis, ita esse assentior. Sed quæ ratio dubitandi poterat, ut is qui cæpit rem uendicare, uideretur renunciare possessioni. lex enim debet esse de re dubitabili. l. quod Labeo. ff. de Carb. edict. Fab. ea inquam, quia quoties duæ actiones, ad unam rem, utpote fundum concurrunt, si quis unam ex ijs elegerit, alteri renunciare uideiur. l. quod in hærede. §. i. ff. de tri. act. l. nemo. §. quoties. ff. de reg. iur. Sed in casu. §. nihil commune, duæ actiones, id ẽ petitorium & possessorium concurrere ad eandẽ rẽ uidebantur, ergo qui unam elegit, id est petitorium, uidebatus alteri, id est possessorio renunciare.

Possessorium & petitorium uidétur ad eãdẽ rẽ cõcurrere.

Iul. non intelligo quomodo petitorium & possessorium, uideantur ad eandem rem concurrere. Fab. Dabo operam ut intelli

gas. Meministi quod superius dictum est. Iul. quid? Fab. dixi proprietatem, & opssessionem esse qualitatem: Appellamus .n. qualitatem secundum quam dicimur quales (ut aiunt Dialectici) Dulcedo enim sine dnbio, est qualitas: & ideo id quod eam habet, dulce nominatur. Eodem modo, qui proprietatem habet, proprietarius, qui possessionem, possessor dicitur, sunt igitur qualitates. Iul. bene memini, sed quid tum? Fab. non te fugit, ꝙ qualitatis esse, hoc est substantiam, est in subiecto esse: non enim potest qualitas existere, quin sit in aliqua re, uti in subiecto. exẽpli causa, sapor & odor non possunt consistere, si non sunt in re aliqua. utpote in malo aureo. eodem modo proprietas, & possessio, uti qualitates, sine re, ueauri fundo non consistunt.

Proprietas & possessio sine re non consistunt

Iul. fateor qualitates sine subiecto non consistere, & ideo uellim scire, Vtrum proprietas, quam appellas qualitatem, sit in persona, an in corpore, hoc est in fnndo. Fab. certò scias eã esse in re. Iul. si ẽ ĩ re quãobrẽ is, qui eã habet, proprietarius appellatur, res enim in qua est qualitas, dicitur talis. Is enim in quo est musica, dicitur musicus: in eo igitur, qui appellatnr proprietarius, deberet esse proprietas, non autem in re. Fab. non in omni qualitate hoc locum habet. Vsusfructus enim sine controuersia est qualitas, à qua, is qui eam habet, usufructuarius dicitur: & tamẽ usus fructus est in corpore, quo sublato, ipsum tolli necesse est. l. ij. ff. de usufru. Eodem modo is, qui habet proprietatem, appellatur proprietarius, ipsa tamen est in corpore, quo sublato, eam tolli necesse est. Non enim potest esse proprietas, sine re, quæ alicuius propria sit. Hoc idem dicendum est de possessione. Iul. satis mihi fecisti, prosequere obsecro,

Fab. Quemadmodum igitur, si ego petam mihi dari mali aurei saporem, peto & mihi malum aureum dari: & si petam eiusdem mali aurei odorem, idem malum certè peto. sapor enim, & odor à malo separari nequeunt: & ita petitio odoris, & saporis, ad idem corpus tendunt.

Ita in proposito, si petam mihi alicuius fundi proprietatem restitui, peto mihi fundum restitui, quia proprietas sine fundo consistere non potest. Item, si peto retincre, seu restitui mihi eiusdem fundi naturalem possessionem, sine controuersia peto, undè fundum mihi restitui, cum naturalis possessio sine fundo esse non possit.

Proprietas sine fundo consistere non potest

Quamobrem petitio proprietatis, & possessionis, & consequenter petitorium, & possessorium, uidentur ad eandem rem cõ

currere, id quod fieri non potest. d, l. nemo. &. d. l. quod in hærede. Hanc ob causam, si eligo petitorium, uideor possessorio, & consequenter possessioni renunciare. d. l. quod in hærede. Iul. ut dicis uidetur esse.

Sed quamobrem Iureconsſ. in. d. §. nihil commune contrarium scripsit. Fab. quia rei uendicatio, & interdictum re uera, ad eandem rem minime concurrunt, sed ad diuersa prorsus, & separata tendunt: separata est enim possessio à proprietate, fieri enim potest, ut alter possessor sit, sed dominus non, dominus quidem sit, possessor uerò non. Sunt igitur hæc separata. l. i. §. huius autem. ff. uti poss. & licet nec proprietas nec possessio possint esse sine subiecto, tamen una separata est ab altera, & alterutra est aliudi subiecto: Quemadmodum sapor, & odor, non possunt consistere sine subiecto, tũ alter ab altero longè distat. Possũ itaq; agere rei uendicatione ad proprietatem, & sic pro una re possum rursus interdicto experiri pro possessione, & sic pro re altera. Non est uerum igitur petitorium, & possessorium ad eandem rem concurrere, sed pro rebus penitus separatis dantur. Nam in interdicto possessio. In rei uendicatione, proprietas uertitur. l. an eandem. §. fi. ff. de excep. re. iud. Quamobrem, qui cœpit rem uendicare, non uidetur renunciare possessioni, ut dicit Vlpianus in. d. §. nihil commune.

Possessorium & petitorium ad separata tendunt

Interdictum ad possessionem datur.

Non obstat dum dicebatur, si peto mihi restitui proprietatem fundi, peto & iam fundum, si peto naturalem possessionem fundi, ipsum etiam fundum peto, cum nec proprietas, nec possessio sine fundo stare queant. Hoc enim, ut dixi, minime obstat, quoniam principaliter peto mihi possessionem, & proprietatem, per consequens uerò fundum, cum hæc non possint sine illo consistere. Et considerandum est, quod principaliter agitur non autem id, quod per consequens uenit. l. i. ff. de aut. tut. l. si quis nec causa. ff. si cer. pet. & ibi not. Doc. Iul. Mirum inmodum supra scripta delectant, idcirco quo magis te audio, eo audiendi auidior fio. Quamobrem si tibi cordi est, uelim ad huc aliqua abs te scire. Fab. pete mi Iuli. Nihil enim mihi gratius esse potest quam tibi ita disserendo satisfacere.

Reliqua in hoc. §. desiderantur.

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM

LIBER TERTIVS

XCIII. Declaratio, an is, cui debetur ex delicto & is cui sub conditione, sit proprié creditor, de quo in .l.i. ff. si cer. pet.

DVAE quæstiunculæ, solent à scribentibus moueri in.l.i.ff.si cert. pet.

Prima est, an is cui debetur ex delicto, uel legato, dicatur propriè creditor.

Secunda, an is cui debetur sub conditione, dicatur etiam propriè creditor.

Circa primam, ꝙ nõ dicatur propriè creditor, ita licet argumentari. Credere, & creditor sunt nomina coniugata, & ab uno ex coniugatis ualet argumentum: sed credere, dicimur, cũ alicui rei assentimus, alienam fidem secuti, mox quid recepturi, ergo tunc dicimur creditores, cum sequimur alienam fidem, mox aliquid recepturi: sed quando quis puta Titius, subtrahit utputa Fabio, rem aliquam, Fabius non assentit, nec sequitur fidem illius, immo eo inuito, id fit. l. i. §. fi. ff. de fur. & sic non est creditor, pro hoc est tex. in. l. si cui. ff. de uerb. sig. ubi is, cui ex delicto debetur, creditoris loco accipitur, si creditoris loco, ergo non est propriè creditor, aliud enim est merces, aliud loco mercedis. l. si merces. ff. de uerb. fig.

Aliud merces: aliud loco mercedis

Item is, cui factum est legatum, nec defuncti, nec hæredis fidẽ sequitur, non est igitur propriè creditor. Communis scribentiũ opinio est, hos non dici propriè creditoris, nisi communis usus

loquendi aliter se haberet. Circa secundum, Doc. ferè omnes dicunt, cum cui sub conditione debetur, non esse propriè creditorem, nec ex communi quidem loquendi usu. Si enim is debitor est, à quo inuito exigi potest. l. debitor. ff. de uerb. sig. ergo & creditor is est, qui ab inuito exigere potest, eadem enim est natura correlatiuorum. Bal. in Aut. ex causa. viij. col. vers. concludo ergo. C. de libe. preter. Sed ab eo, qui sub conditione debet, non potest, eo inuito exigi, ergo nec is, cui debetur est propriè creditor.

Praeterea, crediter sub conditione, non dicitur simpliciter creditor, sed cum illo adiuncto conditionalis, ergo non est propriè creditor. Ita dicit Ias. in. d. l. 1. in ult. col. ff. si cert. petat.

Ego uerò in neutra quaestiuncula, huiusmodi Doc. opinioni assentior, & ut ipsa ueritas appareat, ita dicito: Haec appellatio creditor, aut est indiuiduum, aut species, aut genus, aliud esse non potest, nam quicquid est, aliquid horum est, si dices esse indiuiduum, ergo alicuius speciei induiduum est &c indiuidua enim sunt quae sub aliqua specie continent, & in aliā speciē nō diuidūtur, ut puta Titius & Seius, et hic hō & hic equus, & sic reperit creditor in specie, si creditor est species, alicuius generis species ē, non enim potest esse species, quin sit genus cui subiecta sit, quo fit, ut creditor in genere etiam reperiatur, & per huiusmodi inductionem dicendum est, creditorem simpliciter accipi uti genus, quod autem sit creditor uti genus, ostendit tex. in. l. creditorum. ff. de uerb. sig. ubi Cuius, in haec uerba ait, creditorum appellatione, non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderint, sed omnes quibus ex aliqua causa debetur, sine cōtrouersia igitur ibi accipiendum est, creditor uti genus.

ōne quod ē aūt genus aut spēs aut indiuiduum est.

Eodem modo, debitor uti genus accipi debet, cum sint correlatiua, nam quot modis dicitur unum ex correlatiuis, tot modis dicitur & aliud, cum correlatiuorum sit eadem dispositio. l. si quis seruo. & ibi per glos. & Doc. C. de fur. exempli causa, est filius naturalis tantum ergo & pater naturalis tantum, item est filius legitimus tantum, ut adoptiuus, ita & pater, item est filius legitimus & naturalis, ita & pater.

debitor uti genus

Simili modo dicendum est, de debitore & creditore, ut quot modis propriè dicitur unum, tot & aliud. Aristo. v. Ethic. Sed debitor, uti genus, diuiditur in quatuor species, nam aliud est debitor ex contractu, uel quasi, aliud ex maleficio, uel quasi, in tot enim species diuiditur obligatio, uti genus. §. fi. Insti. de oblig.

ergo

ergo in tot debitor uti genus, ubi enim est obligatio, ibi & debitor, si igitur debitor, in quatuor diuiditur species ut dictum est, ergo & creditor.

Erit igitur una species creditorum, ex contractu, altera ex quasi, tertia ex maleficio, quarta ex quasi, & unaquæque species propriè ē creditor, nam genus propriè inest cuilibet speciei. l. si quid earum. §. inter emptum, ff. de lega. iij. animal enim uti genus inest propriè & Elephanti, & homini, & muscæ, nam posita specie ponitur & genus. d. §. inter emptum, quemadmodum enim licet ita argumentari est Elephas, ergo & animal, & est homo ergo est animal, ita est musca, ergo est animal, & quemadmodum homo, & Elephas, est propriè animal, ita & musca est propriè animal, cum sit species animalis, sicut Elephas & homo.

Creditorum quatuor species.

Cum igitur, creditor ex contractu, uel quasi & creditor ex maleficio, uel quasi sint species creditoris uti in genere sumpti, sequitur, ut creditor uti genus insit cuilibet speciei. d. § inter emtum, si inest prout inest, iure licet ita argumentari. Est creditor ex contractu, & sic in specie, ergo est propriè creditor: quemadmodum est homo in specie, ergo est propriè animal. Item, est creditor ex maleficio, uel quasi, uti in specie, ergo est propriè creditor quemadmodum ualet, est musca in specie, ergo est propriè animal. Et si in hoc mihi non assentiris consule Dialecticos.

Et ex supradictis patet, eum cui ex delicto quid debetur, esse creditorem in specie, & esse proprie creditorem, nam creditor est cui ex aliqua causa debetur. d. l. creditorum. Et quemadmodū, negari non potest, eum qui ex delicto debet, propriè esse debitorem, cum sit obligatus. ut Insti. de oblig. quæ ex delic. nas. ita, & negari non potest, eum cui ex delicto debetur, non esse propriè creditorem: cum sunt correlatiua, & species sit creditor.

Non obstat id, dum dicebatur, is dicitur creditor, qui alienam fidem sequitur. d. l. i. sed is, cui ex delicto debetur, non sequitur fidem alienam, ergo non est creditor.

Nam ex supradictis patet responsio, is enim qui sequitur fidē alienam, est creditor ex contractu, & sic est una species, is uerò, qui non sequitur fidem, sed aliquid ei debetur ex maleficio, non est in ea specie, sed est in altera specie, sed ex una specie ad alterā non licet argumentari, nam quemadmodum, non sequitur, hoc non est animal rationale, ergo non est propriè animal quia potest esse animal irrationale, & erit propriè animal.

Nō oīs creditor sequitur fidē alienam

ita non ualet, hic non sequitur fidem alienam, ergo non est pro-

priè creditor, eſt enim creditor in alia ſpecie cui aliquid debetur puta ex maleficio: ſufficit enim ad hoc ut ſit creditor in ſpecie, aliquid ei deberi. Differt igitur is, cui debetur ex maleficio, ab eo cui debetur ex contractu, hac ſpecifica differentia, quod is cui debetur ex contractu, ſequitur fidem alienam, ille uerò minime, et ita differt æquus ab homine, quia homo eſt animal rationale, equus uerò non.

Reſponſio ad l. ſi cui

Non obſtat tex. in. d. l. ſi cui, ibi creditoris loco, nam illa uerba exprimunt ueritatem, ut Alex. hic dicit, & in ſimili not. Bar. in. l. ſi quis pro emptore. ff. de uſucapio. q. iij. & probatur in. d. l. creditoris, ibi quod ſi natura tantum debeatur, non ſunt loco creditorum, ergo ſi non debetur natura tantum, ſunt loco creditorum hi, de quibus ſupra, & tamen hi de quibus ſupra, ſunt propriè creditores, cum tex. dicat, creditores accipiendos eſſe quibus debetur ex quacunque cauſa: ergo illa dictio, loco exprimit ueritatem, & ſic nõ obſtat tex. in. d. l. ſi cui, & quod dictũ de eſt eo, cui debetur ex delicto, ita per omnia dicẽdum eſt de eo, cui debetur ex legato: nam hæres adeundo hæreditatem, obligatur ex quaſi contractu, & eſt debitor legatarij. §. hæres de oblig. quæ ex quaſi con. naſ. Inſti. Si igitur hæres eſt debitor ex quaſi contractu, ergo & legatarius eſt creditor ex quaſi contractu: cum ſint correlatiua, quorum ea eſt natura, ut poſito uno, ponatur & aliud. l. i. C. de indic. uid. toll. & ibi not.

Huiuſmodi igitur creditor, eſt una creditorum ſpecies, hoc eſt ex quaſi contractu, cui neceſſariò ineſt creditor, uti genus. d. §. inter emptum, & ſupra demonſtratum eſt.

Legatarius eſt propriè creditor.

Et quemadmodum homo in ſpecie, eſt propriè animal, ut dictum eſt, ita huiuſmodi creditor ex quaſi contractu, hoc eſt legatarius, eſt propriè creditor.

Circa ſecundam quæſtiunculam, in qua quærebatur, an creditor conditionalis, ſit propriè creditor, dicas illum eſſe propriè creditorem.

Pro quo ſciendum eſt, quando differentia adiungitur generi, conſtituitur ſpecies, exempli cauſa, animal eſt genus, ſi illi addatur huiuſmodi differentia rationale, ſit una ſpecies animalis, quæ dicitur animal rationale: & ſi eidem animali, ut generi addatur altera differẽtia irrationale, conſtituitur altera ſpecies, quod dicitur animal irrationale, & de utraque ſpecie dicitur, ſeu prædicatur propriè animal: exempli cauſa, hoc eſt animal rationale, ergo propriè eſt animal: item hoc eſt animal irrationale ergo propriè eſt

animal.

Ita in causa proposito, sumatur debitor uti genus, cui addatur hęc differentia purè, & fiet una species, & dicetur debitor purè, purè enim est debitor, quando cessit, & uenit dies. l. cedere diem. ff. de uerb. sig. Et ab huiusmodi debitore, potest eo inuito exigi.

Item si addatur illi generi, alia differentia, hoc est in diem, cōstituitur alia species, diceturq; debitor in diem.

Item si addatur hæc differentia sub conditione, fit alia species & uocatur debitor conditionalis, & de unaquaq; harum specierum, propriè dicitur debitor, uti genus, ut dictum est de animali: licet enim hoc modo argumentari, est debitor purè, ergo propriè est debitor quemadmodum est animal rationale, ergo propriè est animal. Item est debitor conditionalis, ergo propriè est debitor sicut est animal irrationale, ergo propriè est animal, genus enim unicuiq; suæ speciei propriè inest, nec minus propriè musca est animal, quam homo, ut supradictum est. Et hæc quæ dicta sunt de debitore, procedunt etiam in creditore, sunt enim correlatiua quorum natura est, ut quicquid dicitur de uno, ut est correlatiuum, dicatur de alio, l. si, C. de indic. uid. tollen. & Aristo. v. Ethic.

Debitor sub cōditione dicitur propriè debitor

Erit itaq; creditor, ut genus, cui si addatur hæc differentia purè erit creditor purè: si eidem accedat hæc differentia in diem, erit creditor in diem, & si hæc differentia conditionalis addatur dicetur propriè creditor. Valet enim, est creditor conditionalis, ergo est propriè creditor, sicuti si dicas, est animal rationale, ergo propriè est animal: inē enim genus unicuiq; suæ speciei, ut supra dictum est.

Quod autem hoc sit uerum, apertè ostendit Vlpianus in. l. creditores. ff. de uerb. sig. ubi postquam dixit, creditores esse eos, quibus debetur ex quacunq; actione &c. Subiunxit species, inquiens, siue purè, siue in diem, siue sub conditione, prius igitur posuit creditores uti genus, deinde subdit eius species, quarum unicuiq; propriè inest suum genus, ut dictum est, nec ibi apparet magis propriè dici creditorem pure, quam conditionalem, immo utrumq; propriè dici constat: ut ex supradictis patet.

Non obstat id quod à scribentibus obijcitur, inquiunt enim, eum propriè esse debitorem, à quo inuito exigi potest, & consequenter eum propriè esse creditorem, qui ab inuito exigere potest, hoc enim est recipiendum in eo qui purè debet, & cui purè

debetur, est enim una species debitoris, & creditoris, quæ dicitur pura, de qua propriè dicitur debitor, & creditor uti genus, non tamen sequitur, si creditor purè dicitur propriè creditor, ergo creditor conditionalis non est propriè creditor: non enim licet ab una specie ad aliam argumentari, diuersæ enim differentiæ faciunt eas esse diuersas: & ex diuersis non fit illatio .l. stipulantem .§. sacram .ff. de uerbo. oblig. hoc enim dicere, esset perinde ac si diceres, animal rationale est propriè animal, ergo animal irrationale, non est propriè animal, id quod si diceres, falsum profectò diceres.

Nec obstat quod creditor conditionalis, nõ dicitur creditor simpliciter, sed cum illo adiuncto conditionalis, ergo non est propriè creditor, qui enim ita argumentantur, à uero longè aberrant: nã & animal rationale, non dicitur simpliciter animal, sed cũ hoc adiũcto ratiõale: ergo secũdũ eos, nõ esset ꝓpriè animal, quod si hoc reciperent, nihil absurdius recipi posset, uerè & propriè animal rationale, est animal, cum sit una animalis species.

Creditor cõditionalis dicitur propriè creditor

Ita uerè & propriè creditor conditionalis, est creditor, cum sit species creditoris in genere sumpti.

Ex supradictis collige has conclusiones.

Is cui ex delicto debetur, propriè est creditor.

Item is, cui legatum debetur, propriè est creditor.

Item creditor conditionalis, est propriè creditor.

Ex quibus conclusionibus facile dici potest, statutum loquens de creditore, habere locum in eo, cui debetur ex delicto, & in creditore conditionali, cum uterq;, ut supra demonstratum est, sit ꝓpriè creditor.

XCIIII. Declaratio .§. mutui datio .l.ii. ff. si cer. peta.

Res quibus uti possumus sine earum interitu

PRO uera huius .§. interpretatione, scire oportet, Rerum utilium, alias esse, quibus uti possumus, sine earum interitu, substantiæq; corruptione, ut est equus, bos, domus, ensis, & eiusmodi. Alias, quibus minime uti possumus, quin earum intereat, ac destruatur substantia, ut est oleum, uinum, frumentum, panis, caro, legumina, & ea quæ sunt his similia.

In illis primis, consistit commodatum, quoniam in eis possumus amicis accommodare qui postquam illis usi fuerint, tenentur

easdem res in indiuiduo prorsus restituere : quia illæ usu non interierunt , appellaturque commodatum ,'quasi ad certum tempus, certumque usum, commodo datum : propterea quod usus earum amicorum est, substantia uerò eius est,qui accommodauit.

In secundis autem rebus, mutuum consistit : ita appellatum , quasi ex meo fiat tuum : non enim possum illis,ita tibi accōmodare, ut earum substantia sit mea,usus uerò tuus, usus enim in hisce à substantia separari minime potest , immo una cum ipso usu interit,corrumpiturque substantia : cuius loco remanet, apud mutuo dantem,pondus,nnmerus & mensura,si enim do tibi mutuo decem uini amphoras,uinū fit tuum: apud me uero pro substantia ipsius uini:remanet dumtaxat mēsura:ut dici solet in usu fructu:usufructus enim rerum:quæ usu nō consumuntur:efficitur usufructuarij:substantia uerò est ipsius domini.

At ususfructus rerum,quæ usu consumuntur, una cum earum substantia,in usufructuarium trāsfertur,ille tamen dat cautionem quæ pro substantia apud constituentem habetur , in .l.ij. ff. de usufr.ea, rer.

Ita,& in mutuo dici oportet,sunt enim in hoc similia de similibus uerò idem est iudicium ,ut philosophi aiunt.

Item scire debemus,uerbis hisce constare , consistere ipsam rei substantiam significari.substantia enim ex materia,& forma cōsistit,hinc dici solet domū ex solo tecto parieteque cōstare.l.eū qui ædes.ff.de usucap.ibi, corporibus ex quibus ædes constant, & hominem ex anima,& corpore constare dicimus . Verba cōsistere & cōstare quid significent

In simili igitur, dicendum est frumentum, uinum, oleum. & & huiusmodi,pondere numero,mensurauè consistere, hoc est suum esse,suamque substantiam habere,quo ad mutuum, & ut dixi de similibus enim idem est iudicium.

Sed licet quispiam pondus,numerus ac mensura, possunt his rebus adesse,ab eisdemque abesse, ipsæ tamen integræ seruantur, sunt igitur accidentalia non autem substantialia.

Sed huic hæsitationi ita occurritur , potest inquam aliquid uno modo dici substantiale cuiuspiam rei,alio autem non, id quod eo demonstratur exemplo.Si enim ignis per se simpliciter consideretur,caliditas non est quid substantiæ in ipso,at si consideretur ignis,ut est actiuus,caliditas profectò est in eo quid substantiale,cum ignis non possit , nisi mediante caliditate agere , hoc ita esse nec philosophi negant .

Idem in his rebus, dicendum est, si enim frumentum, uinum,

oleum & similia, per se simpliciter considerentur, pondus, numerus, mensurave non sunt eorum substantialia. At si considerentur, ut mutuo apta dicuntur, tunc pondus, numerus, ac mensura, substantialia dicenda sunt. Propterea quòd eæ res sine illis dari mutuo minime possunt, sicut nec ignis sine calore agere, id autem sine quo, res agere non potest, substantiale dicendum quis neget.

Ire i creditum quid significat

Item non est omittendum, nil aliud esse in creditum ire, quam effici creditorem, qui enim in creditum it, credit cuipiam aliquid est igitur creditor. l. creditores. ff. de uerb. sign. Interdum tamen credimus rem, quæ usu non consumitur, remanet enim integra post usum, & tunc dicimur ire in creditum, per speciem, hoc est, per eandem rem, eadem enim res omnino restituenda est.

Interdum credimus cuipiam rem, quæ ipso usu interit, & tūc non possumus in creditum ire per speciem, hoc est per eandem rem, propterea quòd eadem res minimè restitui potest, eundem est igitur in creditum per solutionem, hoc est per translationem dominij illius rei creditæ, quæ usu consumpta reddi non potest. Reddenda est igitur res alia eiusdem generis, eiusdemq; qualitatis, ac bonitatis & ita eadē reddita dicetur, cū duo indiuidua, ut philosophi aiunt, in generè seu specie eadem dicantur.

Scire præterea oportet, hoc uerbum fungor fungeris significare etiam idem quod finio. Virg. O tandem magnis pelagi defuncte periclis. Hinc mortui appellantur defuncti. Fiunt hāc ob causam crebro ab ecclesia orationes pro defunctis, id est mortuis. l. diem functo. ff. de offi. asses. à fungor autem functio functionis ducitur, quæ finem seu interitum significat.

Functio interitus seu finis

His itaq; præmissis, aperienda est noua huius. §. declaratio, id quod facilius per interrogationem efficietur. & primum scire oportet, Omne quod est, ob hoc ipsum esse, habet suam formam suumq; esse, forma enim dat esse rei, ut philosophi asserunt & l. Iulianus. ff. ad exhiben, sed mutuum est, habet igitur suam formam suumq; esse.

Quæro itaq; ubi mutuum habet suum esse, in mente ne? ut chimera, an in rebus? Respondet Iureconsul. inquiens, Mutui datio consistit, hoc est suum esse habet in rebus.

Rursus quæro, quibus in rebus? Respondet in his rebus, quæ pondere numero mensurave consistunt, Consistunt inquam, hoc est suum esse habent, quo ad mutuum, quippe cum mutuum sine his non queat fieri.

Quæro quæ sunt res, quæ in pondere, numero & mensura habent suum esse? Respondet eæ, quibus uti non possumus, quin intereant & consumentus: quibus consumptis, earum esse, ac substātia dicitur in pondere, numero & mensura remanere, ut supra demonstratum est.

Quæro iterum, quamobrem mutuum cōsistit in his rebus magis quam in alijs? Respondet Iureconsul. quoniam earum datione, possumus in creditum ire, hic facias punctum, quæ uocatur subdistinctio, pendet enim sensus, Deinde accipias illa uerba per solutionem, magis quam per speciem, ut igitur sit perfecta, & cōtinuata oratio, ita legito, quoniam earum datione possumus in creditum ire, per solutionem magis quam per speciem, hoc est in his rebus quæ usu intereunt, possumus in creditum ire, per solutionem, id est per translationem dominij rei creditæ, & non per eādem rem, illud aduerbium magis, ponitur electiuè, quod nec Doctores negant.

Ratiō quā obrē mutuum cōsistit i rebus que pōdere numero mēsura &c.

Quæro iterum qua de re in rebus, quæ pondere, numero, & mensura consistunt, non possumus in creditum ire per speciem, id est per eandem rem. Respondet Iureconsult. inquiens, quia in genere suo functionem recipiunt, hoc est unaquæque ex his rebus recipit functionem, id est finem & interitum, in genere suo hoc est uinum bibendo, frumentum oleumque comedendo consumitur ac penitus interit, ut supra declaratum est. Non possumus itaque in creditum ire, hisce in rebus per speciem, hoc est per eandem rē cum illa eadem res mutuo data restitui nequeat, cum usu omnino interierit. Ex supradictis ueram facilemque huius .§. declarationē nemo non perspicit. plures ex noua hac declaratione quæstiunculæ facile solui possunt.

Prima est an in pane, in carne, possit mutuū consistere. Respōde, si pro usu uictus mei egeo pane, seu carne, & tu mihi in decē libris panis seu carnis accommodes, ita ut ijs cnmedendo utar, erit profecto mutuum, ille enim panis illaque caro comedendo consumpta, eadem numero restitui non potest. Erit igitur mutuum. sicut in oleo & uino.

Mutuum i pane & carne cōsistit.

Secunda, an in lignis, paleis, fœnoque possit esse mutuum, responde, si ea pondere, ita accommodantur, ut usu ab accipiente consumantur, cur non sit mutuum, ut in oleo & uino, ratio reddi non potest arg. l. decem. ff. de uerborum oblig.

Tertia, quid in ouis gallinis, ueruecibus cæterisque pecudibus responde si hæc numero, ita amico quispiam accommodarit, ut

suo arbitratu seu comedendo, seu macellis uendendo eis utatur, id esse mutuum negari non potest, cum usu consumantur, nec eadem numero reddi possint. Sunt igitur hæc, frumento uino, oleo oq; in hoc similia: de similibus uerò idem est iudicium, ut philosophi aiunt, & arg. à simili ualet, quando adest similitudo in ea materia de qua agitur, not. in .l. ut memini .C. de colla. & ibi Ias. nu. i.

Mut enim ī panno pōt es se

Quarta erit quæstio, quid si dem tibi certum tegularum numerũ, ita ut illis integenda domo utaris, an sit mutuũ. Respondeo nihil esse, quin sit mutuum, & licet earum substantia, usu statim nō intereat, quemadmodum in oleo & uino interit, habetur tamen perinde ac si interijsset. cum eædem non restituantur numero, ut de pecunia dici solet, cuius substātia expendendo, non interit, est tamen in ea mutuum, propterea quòd eadem numero reddi non solet.

Mutuum ī tegulis potest es se ēt

Quinta si do tibi certam panni mensuram, ita ut ex eo conficias uestem, an sit mutuum. Responde etiam facta enim ex eo ueste, forma panni corrupta est, corrupta forma effectus perit, ut philosophi asserunt. & .l. Iulianus. ff. ad exhiben. Mutata itaq; forma nec illa eadem res, nec eius nomen remanet, non potest itaq; restitui eadem res. erit igitur mutuum in panno, ut in uino, oleo, cũ eadem sit ratio. l. à Titio. ff de uerb. oblig.

Ex supradictis aperta est noua. ueraq; huius. §. eiusq; materiæ declaratio. Doctores non parum in declarando hoc textu laborant. cum in textu dicitur, quoniam earum datione, possumus in creditum ire, dicunt enim hanc rationē non esse ueram, propterea quòd est eadem cum dicto, cum ab eo differre debeat, ut not. in .l. fi. ff. de offi. procu. cæsar,

At si ita ut supradictum est intelligatur, uera & differens à dicto erit ratio. Notato in textu ibi, functionem recipiunt. quæ uerba ut aiunt doctores, hoc sibi uolunt, uidelicet frumentum, uinũ oleum aliaq; huiusmodi, tātam inuicem habere similitudinem ui dentur, ut una alterius uice omnino fungatur, tum quo ad utilitatem, tum etiam quo ad affectionem: quæ expositio si uera esset, sequeretur mutuum posse etiam consistere in calcaribus, cultris, gladijs cæterisq; armis, itidē & in uestibus, ab eodem artifice, ex eadem materia, eadem forma eademq; bonitate confectis. His enim ita confectis, eandem qualitatem eandemq; utilitatem inesse facile perspicitur, Sunt igitur similia, quamobrem alterum alterius uice fungi potest, Nihil itaq; obstaret ex doctorum sententia

quin

quin & in his posset mutuum consistere. Quod etiam eorum sententia falsum est. Tales enim res percepto usu, remanent omnino integræ, & ita illæ eædem restitui possunt, non est igitur in eis mutuum. In mutuo enim non eadem res, sed alia eiusdem naturæ, & qualitatis reddenda est.

Sequuntur deinceps uerba illa, per solutionem, magis quam per speciem, quæ ab ipsis ita interpretantur, per solutionem inquiunt, idest per dationem alterius rei, ab ea quæ mutuo data est & non per eandem rem datam, soluitur enim (ut aiunt) res non data, restituitur eadem.

Est itaque integra eorum interpretatio hæc, Mutuum consistit in rebus, quæ pondere, numero, mensuraue consistunt, quia in genere suo recipiunt functionem, hoc est secundum eos, quia inter se omnimodam habent similitudinem eandemque præstant utilitatem. per solutionem, id est per dationem alterius rei non datæ. magis quam per speciem, hoc est magis quam per eandem rem datam. Quæ expositio quam sit & à uerbis, & à uero aliena ex his quæ dicta sunt, neminem existimo non intelligere, quonammodo audent dicere, aliam rem, utilitatem, similitudinem uicemque præstare illius rei mutuo datæ, magis quam illam eandem rem mutuo datam. Omittenda est igitur communis interpretatio, & superior illa simplex, uera, uerbisque consentanea amplectenda. Cōmunis interpretatio

Suboritur alia quæstiuncula, quæ talis est. dedi mutuo tibi aliquot numos, tu minime illis indigens, eosdem mihi haud inuito restituere uelis. dubitatum est, an sit mutuum. Glos. in .l. ij. in prin. huic quæstioni occurrens, asserit esse mutuum, id quod probari affirmat. Instit. quib. mod. re contrah oblig. ibi, & quando que nobis non eadem res. & c. Contra. d. glos. uidetur tex. in. d. l. ij. in prin. ff. eod.

Pro huius quæstionis ueritate scire oportet, formam substantialem cuiusque rei id esse, quo res ipsa consistit, & á quo nomen ipsius rei appellatiuum ducitur, Ita Bar. in tracta. de alueo. §. quod si, & philosophi hoc idem asserunt. Forma dat esse & nomen rei

Scire etiam debemus, mutata priori forma rei, aliaque adueniente, non esse amplius rem illam, nec priori nomine appellari, Bar. in d. §. quod si. & .l. Iulianus. ff. ad exhiben. remanet tamen materia in aliam rem aliudque nomen translata. Exempli causa, si ex argento, figura equi facta sit, eamque tibi commodauero. tu deinde ex eodem argento, destructa equi figura, hominis figuram efficias, eamque mihi reddere uelis, non diceris profecto reddere

eandem rem tibi commodatam, mutata enim equi forma seu figura non est, nec dicitur amplius equus argenteus, ita Bar. in d. §. quod si.

Sciendum est prætersa formam rei incorporalis, ueluti contractus, obligationis, actionisue esse rei ipsius naturam, quam figura eiusdem rei demonstrat, ita Bar. in d §. quod si, forma enim cuiusque rei est perfectio ac natura ipsius rei. Arist. i. Polit.

Forma & natura mutui que

Nunc prospiciendum est. quæ nam sit figura, ac natura hoc est forma ipsius mutui. Responde, figuram naturamque mutui esse, ut dans mutuum nõ recipiat eandem rem. l. ij. in prin. ff. si cert. pet. ibi in. dicitur mutuum damus, recepturi non eandem speciem. Si igitur eandem recipiamus mutabitur figura & natura mutui: nec remanebit eadem species contractus: nec eodem appellabitur nomine. Reddita igitur eadem re, nec est nec appellandum est mutuum, materia tamen remanet, transibitque in alterius contractus figuram atque naturam: Dicetur itaque commodatum aut depositum d. l. ij. ex supradictis satis constat, hanc conclusionem esse ueram uidelicet si reddatur eadem res, non est mutuum.

Mutuum quando reddita eadem res nõ est.

XCV. Declaratio. §. i. Insti. quibus mod. re. con. oblig.

NON obstat tex. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. Verus enim illius literæ intellectus adhuc latet: noua igitur declaratione opus est, qua ueritas aperietur, atque ita non obstabit.

Aperiatur igitur iam uera illius tex. intelligentia. dicit ibi imperator mutui obligationem in ijs rebus consistere, quæ pondere, numero mensurave consistunt: quæ uerba quomodo intelligenda sint, supra iam demõstratum est.

Deinde ponit res, in quibus mutuum consistit, inquiens ueluti uino oleo frumento, pecunia numerata, ære argento, auro. subdit deinceps, quas res aut numerando, aut appendendo, aut metiendo, in hoc damus ut accipientium fiant. Hæc descriptio innuit donationem, nam cum aliquis gratis dat quicquam ea mente, ut statim uelit id accipientis fieri, est donatio. l. i in prin. ff. de don.

Hanc ob causam imperator, ut excluderet donationem, subiũxit, & quandoque, hoc est aliquo tempore, hoc enim significat hoc aduerbium quandoque, ut grammatici asserunt. Accipias de-

inde. illud uerbum reddantur, & iungas cum illo aduerbio quãdoq;. & ita construito, & quandoque reddantur nobis, & sic nõ erit donatio. tunc enim est donatio, quando quis ita dat rem, ut nullo casu eam uelit ad se reuerti. d. l i. in prin. & quoniam tradere alicui rem, ut aliquo tempore eadem reddatur, posset hoc commodato uel deposito conuenire, hanc ob causam addidit imperator, non eædem res seu aliæ eiusdem naturæ & qualitatis, Erit igitur perfecta oratio, perfectaq; structura hæc, quas res in hoc damus, ut accipientium fiant, & quandoq; reddantur nobis, non eædem res, sed aliæ eiusdem naturæ & qualitatis: & si ita construamus, ut construi oportet ille tex. omnino probat, non posse reddi eandem rem, si uelimus esse mutuum. atsi illud aduerbium quandoque pro interdum capiatur, ut glos. & eam sequentes, cap. ũt sequeret, et nõ bene, posse easdẽ res, in mutuo regulariter reddi, si enim interdum non redduntur eædem, consequens est, ut regulariter reddantur eædem, exceptio enim oportet, ut sit ex regula. l. i. ff. de reg. iur, & ibi not. Bar. in. l. si eum. §. qui iniuriarum. ff. si quis caut. quo nihil deterius dici posset.

Nostra igitur declaratio uera uidetur & est, quam si amicè ac curateq; considerabis, spero te minimè eam spreturum.

XCVI. Declaratio in . l. certi conditio . ff. si cert. peta. an competat una certi condictio generalis ex omnibus contractibus.

Fabius, & Iulius.

FAB. Quid est mi Iuli, quod ita solus deambulas? Iul. te ipsum expectabam, præsagiebat enim mihi animus te huc uenturum. Fab. quid est quod me uelis? Iul. hoc mane uidi. l. certi condictio ff. si cert. pet. & inueni interpretes in duas acies distinctos inter se acerrimè pugnantes Fab. quamobrẽ? Iul. Alij dicunt ex mutuo duas nasci certi condictiones, uidelicet specialem unam, alteram generalem. Alij uerò asserunt, ex mutuo dumtaxat oriri generalem, eandemq; aiunt competere ex omni contractu, ex quo certum petitur Fab. & tu mi Iuli quid sentis. Iul. anceps sum, & cui parti adhæream nescio, idcirco tuam

maximoperè sententiam desidero, quamobrem si non est tibi molestiæ, explica mihi materiam hanc. Fab. morem tibi geram sed quia de certi condictione generali, sermo habēdus est, prius quærendum est, an genus & species re ipsa subsistant, à rebus corporalibus separata, an in rebus corporalibus consistant, ita ut ab eis separari non possint.

Pro comperto itaq; mi Iuli habeto genus non posse à suis individuis ullo pacto separari. Nam neq; genus, nisi in suis speciebus, neq; species, nisi in suis individuis subsistit: ex singularibus enim universalia existunt. vi. Ethic. sublatis enim omnibus particularibus, necessariò tollitur eorum species, & consequenter genus, ita aiunt Dialectici: & Aristo. in prædica. ait, non existentibus primis substantijs, impossibile est aliorum aliquid esse, scilicet universalium & not. in. l. si quid. §. inter emptū. ff. de leg. iij. Iul. ergo homo, ut species per se, nihil est. Fab. nihil profectò ex Aristotelis sententia, sed solum in mente intelligitur. Iul. si fieri potest, uelim ut clarius ista hæc aperias. Fab in obscuris opus est, ut manifesta adhibeamus testimonia, ut ait Aristo. ij. Ethic. exemplo itaq; utendum est.

Exempli — Linea, licet re ipsa, à corpore separari nō possit, nam id quod habet, hoc est suum esse, corpori debet, potest tamen sine aliquo corpore, mente considerari. Non ne ita est? Iul. certè, & nunc experior. Fab. & tamen talis linea ita intellectu concepta atq; cogitata, nullibi re ipsa sine corpore inuenitur. Ita homo, ut species, licet non possit à particularibus hominibus separari, potest tamen intellectu concipi, atq; cogitari. Iul. qui fieri id potest? Fab. hoc inquam modo: prius enim sensus exterior, puta uisus, uidens hominem particularem, ex eo coloratam quandam similitudinem percipit, eamq; ad communem sensum defert. Deinde phantasia, illam à sensu communi accipiens retinet, conseruatq; adeo q; in phantasia Petri, sunt tot hominum similitudines, quot homines ipse uidit. Deinde, intellectus agens inspiciens tot hominum similitudinem, abstrahit ex illis similitudinem quandam immaterialem, quam speciem appellant. Hæc autem abstractio, re ipsa fieri minime potest, quia species nusquam sine individuis consistit, semper enim cum ipsis individuis, hoc est, cū ipsis particularibus coniuncta est. potest tamen intellectus, hominem apprehendere, non apprehenso nec Petro, nec Francisco, nec alio quopiam. Nam quemadmodum color in pomo disiungi à sapore non potest, uisus tamen potest colorem apprehendere, non

Intellectus agens

apprehenso sapore. Hæc igitur hominis similitudo, ab intellectu ita apprehensa, atq; cogitata à philosophis species appellatur. Nil aliud est igitur hominis species quam similitudo quædam á singulis hominibus numero dumtaxat differentibus, intellectu accepta cogitataq;.

Hanc autem similitudinem ita ab intellectu, agente abstractã, accipit intellectus possibilis, eamq; conseruat, quam accuratè cõtemplans quærit, quid nam sit homo, siquidem obiectum intellectus possibilis, ut philosophi utar uocabulo est quiditas rei .i. quod, quid est atq; ita contemplando, concludit hominem esse animal rationale mortale, Talis itaq; hominis similitudo intellectu concepta, diffinitaq; ipsa est species.

Hæc autem species uniuersalis est, quæ nũsquam perse, re ipsa inuenitur, nullaq; ex fęmina nasci potest, nemoq; illã sine particulari homine unquam uidit, solo enim intellectu, talis homo intelligitur. Hæc colligi possunt ex Boetio in .ij. editione in Phorphyrium, & ex. s. Thom. in opusculo de potent. ani. Iul. attente audiui, ut bene perciperẽ, si placet, iam ad rem propositã redeamus.

Fab. sunt ad huc quædam necessario præmittendo, ut bene id de quo nunc agitur, intelligatur. Iul. prosequere igitur. Fab. scire oportet, tria reperiri uerba, uidelicet operor facio, & ago. Iul. differunt ne ista uerba. Fab. maximopere. Facere enim ab agere specie differt. Operor uerò utriq; commune est. Iul. apertius dicas obsecro quando quis dicatur facere, & quando agere. Fab. Facere dicitur quis, quando operatio in materiam exteriorem transit ad aliquod opus faciendum, exempli causa secare, ędificare, urere, scribere, & eiusmodi dicitur factio. exhis enim, post factionem remanet opus aliquod factum. Agere uerò dicitur, quando operatio in ipso agente remanet, nec aliquod opus efficitur, ueluti intelligere uidere, uelle, loqui, petere & huiusmodi. Iul. petere igitur, est agere. Fab. certè: Nam qui petit, aut facit aut agit, non facit, quia nullum opus post petitionem remanet. Necessario igitur qui petit, agit & ipsum petere, est agere ipsaq; petitio, actio est. Hæc colliges ex Aristo .i. polit. & vi Ethic. & ibi s. Thom. Iul. quorsum hæc? Fab. ut fatearis petitionem, esse actionem. Iul. cogor fateri. Fab. fatere sponte: Nam actionis appellatione continetur petitio, ueluti species sub genere Omnis enim petitio, est actio, sed non è contrariò, Iul. sit sanè ut ais, quid tum? Fab. omnis qui petit, aut in iudicio, aut extra

Facerẽ quã do quis dicatur

Agere quã do quis dicatur

petit. Iul. ita est. Fab. ergo omnis petitio, aut est iudicialis, aut extra iudicialis. Iul. & hoc recipi potest. Fab. & hæc petitio iudicialis, nonne est actio iudicialis, cum omnis petitio, sit actio. Iul. certè. Fab. actio iudicialis, aut est in rem, aut in personam .§. i. Insti. de actio. Iul. negari non potest. Fab. Nunc tibi demonstrandum est actionem in personam, & condictionem idem esse. Iul. re ipsa? Fab. & re, & substantia. Iul. hoc aueo scire. Fab. Rei uendicatio, & actio in rem nonne, & re & substantia sunt idem? Iul. ita existimo. Fab. oportet ut fatearis ita esse. Nam Imperator in. §. sic itaque uers. appellamus Insti. de actio. ait, appellamus in rem actionem, uendicationem. & Iurecon. in .l. actionum genera. ff. de actio. & oblig. ait, Actionum genera sunt duo, in rem. quæ dicitur uendicatio &c. Iul. ita est. Fab. Eodem modo actio in personam, & condictio re, & substantia sunt idem. Nam Imperator ibidem ait, in personam actionem appellamus cõdictionem, & Iurecon. in. d. l. actionum ait, actio in personam, quæ condictio appellatur. Si igitur actio in rem, & uendicatio, re & substantia sunt idem: Ergo eodem modo actio in personam, & condictio re, & substantia sunt idem. d. §. appellamus. & .d. l. actionum genera, alioqui rectè dici posset est homo qui appellatur equus, id quod quam foret absurdum nemo est qui ignoret.

Iul. si est eadem res, quamobrem diuerso nomine appellatur? Fab. quemadmodum, hæc duo nomina, ensis & gladius, idem significant, sunt enim synonyma, Ita actio in personam, & condictio, uti synonyma idem significant. Iul. quòd ensis, & gladius eandem rem significent, facile quis recipiet, quod autem actio in personam, & condictio significent idem, obscurum uidetur. Fab. obscurum est, quod luce caret, adhibeatur lux. & fiet clarum. Iul. quæ nam erit ista lux? Fab. diffinitio. Hæc enim est oratio quæ id, quod diffinitur explicat quid sit. ut ait Cicero in Topi. Diffinitio enim rei essentiam (ut hoc utar uocabulo) demonstrat Ergo ubi est una diffinitio, est una rei essentia. Iul. negari non potest. Fab. diffinitio actionis in personam, hæc est. Actio in personam est ius persequendi in iudicio, quod sibi dari, fieriue oportet ut colligitur in insti. de actio. in .§. omniũ, &. §. sic itaque uers. appellamus. Eodem modo diffinitur cõdictio ut .d. uers. appellamus. ibi enim ait Imperator, in personam actiones, quibus dare, aut facere intenditur, condictiones appellamus. Iul. ita ut ais, uidetur. Fab. immo ita est, sunt igitur actio in personam

& condictio, nomina multiuoca. Iul. quæ dicuntur multiuoca? Fab. multiuoca sunt, quorum nomina plura sunt. Diffinitio uerò una est, ut scutum, & clypeus. His quidem plura sunt nomina, sed una est diffinitio. ita ait Boetius in. i. edit. in Porphyrium sunt igitur actio in personam, & condictio multiuoca, sicut scutum, & clypeus, ensis, & gladius. Iul. sit sanè, ut ais, quid ad rē? Fab. audi nunc. Quoties alicubi legeris actionem in personā seu cōdictionem, semper pro eadem re, eademq; essentia accipito. Iul. ita faciam. Actio in personā & cōdictio sunt idem

Fab. age modo. Capiatur nunc actio in personam, seu condictio uti genus. Iul. esto. Fab genus nonne diuiditur in plures species? ut ait Porphyrius. Iul. certè, sed quæ sunt hæ species? Fab. una est actio, seu conditio certi: Altera incerti, deinde, actio certi, seu certi condictio, uti genus sub alternū, in tot species diuiditur, quot ei specificæ aduenıunt differentiæ.

Exempli causa, si condictioni, seu certi actioni, aduenerit hæc differentia ex empto, cōstituitur una species, quæ certi actio, seu certi condictio ex empto appellatur. & hoc est uerum, si ex empto certum petatur. Hæc inquam actio est specialis, quam Doctores generalem appellant. Iul. dic obsecro, hæc certi cōdictio seu certi actio, quæ ex empto dicitur, competit ne ex locato, ex commodato, ex deposito, aliòue contractu, ex quo certum petitur. Fab. minime, quia certi condictio, seu certi actio ex empto est una species, quæ differt à certi condictione, seu certi actione ex locato, ex conducto, & eiusmodi, sicut differt asinus ab equo. Nam certi condictio, seu certi actio ex locato, est species per se, & non competit, nisi ex locato, & certi condictio, seu certi actio ex commodato, est alia species, quæ non datur nisi ex commodato & sic de alijs. Quot enim differentiæ specificæ adueniunt certi condictioni, seu certi actioni, uti generi, tot species constituuntur. Certi cōdictio plures sunt species

Iul. quæ sunt hæ specificæ differentiæ? Fab. ex empto, ex locato, ex commodato, ex deposito, ex legato ex mutuo, & similibus, si ex his certum petatur, quarum una quæq; addita certi cōdictioni, seu certi actioni, propriam constituit speciem.

Iul. Dic quæso mi Fab. actio certi ex empto, & certi condictio ex empto, sunt ne duæ, an una? Fab. o mi Iuli, ubi est memoria tua, nonne paulo ante dixeram, hæc duo nomina appellari synonyma, seu multiuoca, hisq; unam tantum rem significari. Iul, dixisti profectò. Fab, tene igitur hoc memoria, uidelicet

actionem certi ex empto, & certi condictionem ex empto, secun dum substantiam esse, unam eandemq; cum una utriusq; sit diffi nitio: sunt tamen duo nomina idem significantia, quemadmodu ensis & gladius.

Iul. ergo errant Doctores, qui dicunt unam certi cõdictionem competere per se ex omni contractu, ex quo certũ petitur, aiũtq esse unã, atq; eandem, quæ ex omni causa datur. Fab. errant si ne dubio: Nam quemadmodum animal asinus, non est anima equus, sed sunt duæ animalis species, Ita certi condictio ex ẽpto non est certi condictio ex locato sed sunt duæ certi condictionis species. Iul. ergo sunt multæ certi condictiones. Fab. pror sus, nam quemadmodum animal irrationale, est unum, uti genus, tamen eius species multæ sunt, ut equus, bos, asinus, piscis, auis, & similia. Ita certi cõdictio generalis, uti genus, est una, sed eius species, tot sunt, quot ei adueniunt specificæ differentiæ.

Differẽtiæ specificæ quæ

Iul. quæ sunt specificæ differentiæ? Fab. quæ adiunctæ generi faciunt aliud, ueluti si animali adueniat hæc differentia rationalis, aliud facit animal, & erit una species animalis, quod animal rationale uocatur.

Item si animali adueniat hæc differẽtia irrationalis, facit aliud animal, eritq; altera animalis species, appellabiturq; animal irra tionale. Eodem modo, si certi condictioni, uti generi, adiiciatur hæc differentia ex empto, facit aliud, eritq; una species, quæ cer ti condictio ex empto nuncupanda est. Item si addatur hæc dif ferentia ex commodato, constituitur alia species, quæ certi condi ctio ex commodato uocanda est. Et si hæc differentia ex mutuo aduenerit certi condictioni uti generi, efficietur & alia certi con dictionis species, eaq; dicetur certi condictio ex mutuo, & sic de aliis.

Iul. dixisti si memini certi condictionem generalem, non com petere ex omni contractu. Fab. bene meministi. Iul. huic tuæ sententiæ aduersatur Vlpianus in, l. certi condictio. ff. si cert. pet. ubi in hæc uerba ait, certi condictio competit ex omni causa, & ex omni obligatione. Fab. aduerte mi Iuli: Nam licet animal cuilibet speciei insit, tamen aliud est animal in equo, aliud in asi no, aliud in homine. Nam differentiæ specificæ, generi adiunctæ faciunt aliud (ut Dialectici aiunt). Item licet caro sit eadem in genere, tamen alia caro est hominum, alia pecorum, alia uolucrũ, alia piscium, ut ait .s. Paul. ad Corinth. cap. vi.

Certi condictio generalis nõ cõpetit ex omni contractu

Item conuentionis nomen generale est, l. i. §. i, ff. de pact. & ta

men

men non eadem est in omnibus contractibus. Nam conuentio, quæ est in emptione, locatione, societate, commodato diuersa est, & diuersas facit generalis cõuentionis species. l. iurisgẽtiũ ff. de pact. & tñ ab ea differũt, sicut hõ, & equus ab animali in genere.

Ita ad propositum, licet certi condictio generalis competat ex omni contractu, sicut conuentio generalis in omni inest contractu, & animal in omnibus suis speciebus, Tamen certi condictio, quæ competit ex empto, locato, cõmodato, mutuo, depositoq́ sunt species certi condictionis generalis, differuntq́ ab illa generali: Quẽadmodũ hõ, equus, asinus, animalis species maximopere ab animali in genere distant, ut ex Dialecticis colliges.

Iul. si ita est, ergo unaquæq́ causa, habet suam certi codictionem specialem. Fab. certè, Iul. ergo unus contractus duas speciales actiones habebit. Exempli causa, contractus emptionis, habet actionem ex empto specialem, & ex sententia tua, habebit certi condictionem ex empto specialem. Fab. non ita est. Nam certi actio ex empto, & certi condictio ex empto, non sunt duæ speciales actiones, sed est una tantum re, & essentia. d. §. sic itaq́, uers. appellamus, & d. l. actionum genera: sicut ensis, & gladius, non duas, sed unam tantum rem significant, sunt enim synonyma seu (ut Dialectici aiunt) multiuoca. Iul. satis uero consentanea ista hæc uidentur. Sed quod dixisti, generalem certi condictionem non posse ex aliquo contractu nasci, confirmas ne? Fab. etiã Iul. ergo errant doctores, qui aiunt eam esse natiuam.

XCVII. Declaratio, an certi condictio generalis ut aiunt, sit natiua.

FAB. scribentes in hoc maximopere hallucinãt, quoniam, ut dixi, nec genus, nec species nasci põt, quia per se sine indiuiduis, ut dictũ est, nõ subsistunt, sed animo dũtaxat intellıgũt. Nunquã profectò animal, ut genus, nasci ex aliqua fœmina põt, nã quẽadmodũ genus mori nõ põt. l. incendiũ. C. si cert. peta. l. in ratione. §. diligẽter, uers. incerte. ff. ad. l falcid. ita nasci minime põt, si. n. nasceret, utiq́ moreret nã ut uir ille doctus ait, oĩa orta occidũt, sed hoc, uel illud animal particulare nascit, & postquam natũ est, sub animali generali cõtinet, pari ratione, nec certi cõdictio generalis nasci ex aliquo contractu potest. arg. l. illud. ff. ad. l. aquil. non est igitur natiua certi condictio generalis. Certi cõdictio generalis nõ est natiua

Iul. huiusmodi tuæ sententiæ occurrunt leges, quas Doctores ad hoc ipsum citant. Fab. quæ. Iul. lex nam etsi fur. ff. si cert. peta. ibi, nascitur condictio. & insti. quib. mod. re contrah. oblig. in prin. ibi, ex eo contractu nascitur certi condictio. Fab. dicunt ne iura illa, nasci certi condictionem generalem. Iul. non expressè. Fab. ergo non obsunt, & quod aiunt nasci condictionem, necessarium est, ut intelligas nasci particularem certi condictionem, generalem autem nasci impossibile est, ut supra dixi.

exēplum. Iul. ergo ex uno quoque contractu, orientur duæ particulares actiones. Exempli causa, ex empto nascitur actio ex empto particularis, & secundum te nascitur etiam certi condictio ex empto itidem particularis. Fab. aut non dico, quod sentio, aut non intelligis mi iuli. Dico rursus, actionem ex empto particularem, & certi condictionem ex empto particularem non esse duas, sed unam tantum, quemadmodum est ensis, & gladius, ut sæpius supra dictum est.

Iul. hoc amplius scire aueo, an is, qui habet certi condictionē particularem, habeat etiam certi condictionem generalem. Fab. audi mi Iuli. Qui habet particularem, non habet generalem, tanquam à particulari separatam, sed ideo dicetur habere generalem eo quòd generalis inest particulari, uti genus, quemadmodum qui habet animal hoc particulare, ut puta hunc equū, habet animal generale, eo q animal uti genus inest cuilibet particulari, & sicut nemo potest animal generale, à particulari separatum habere, cum per se non subsistat, ita certi condictionem generalem, à particularibus separatam habere potest nemo, cum non sit, sed mente dumtaxat intelligitur. Iul. non possum his non assentiri. Sed uno dubio auulso aliud suboritur. Fab. est fortasse hęc materia sicut hydra. Iul. talis profectò apud me est. Fab. quid dubij est.

XCVIII. Declaratio, an ex mutuo nascatur certi condictio generalis.

IUL. omnes doctores (ut in principio dixi) fatentur ex mutuo certi condictionem generalem oriri, ex quibus alij affirmāt etiam specialem nasci. Alij uerò hoc negant: Tu autem quid sentis? Fab. si omnes aiunt ex mutuo nasci generalem, omnes maximopere aberrant. Nam quemadmodum impossibile est, ani-

mal generale, ex fęmina nasci: ita impoßibile est, certi condictionem generalem ex aliquo contractu oriri, cum extra intellectum per se nihil sit. Nascitur itaq; ex mutuo in specie, certi condictio specialis, & ex hoc mutuo particulari, certi condictio particularis, ut ex supradictis facile colligi potest. particularia enim, non generalia in operationem ueniunt: Aristo. vij. Ethic. Iul. satis hæc mihi cordi sunt, & profecto finem interrogandi facerē, nisi unum dubium ad huc me sollicitaret. Fab. quid dubij est: Iul. dixisti certi condictionem ex empto, commodato, depositoue, esse specie certi condictionis. Fab. uerum est. Iul. ergo certi condictio competit ex empto, ex commodato, depositoq;. Fab. dubitas ne? Iul. etiam, Nam doctores aiunt, illam ex hisce contractibus, nequaquam competere. Fab. qua ratione id dicūt Iul. ratio uera secundum Bar. in. d. l. certi condictio in. v. col. ea est, q; ex commodato, & ex deposito rem nobis restitui, ex empto rem tradi petimus, & sic agitur ad factum, ergo ad incertum. Facta. n. sunt incerta inquiunt ipsi. Allegant. l. ubi autem. §. qui id quod. ff. de uerb. oblig.

XCIX. Declaratio, quomodo facta, ut aiunt, sit incerta.

FAB. qui fieri potest, ut facta sint incerta, cum iam extent, et appareat quid, quale quantum ue sit, ergo certum. d. l. ubi autem in prin. Iul. ita aiunt. Fab. tu autem noli amplius tali loquendi genere uti. Iul. quomodo est dicendum? Fab. ut Vlpianus dicit in. d. l. ubi autem. §. qui id quod, uidelicet, quæ in faciendo consistunt, incerta uidentur. Iul. quamobrem quæ sunt facienda dicuntur incerta? Fab. attende, nunc aperiam. Iul. ecce audio,

Fab. In rerum natura, quoddam potest esse, sed adhuc non est quoddam uerò iam est, illud autem quod potest esse & non est dicitur esse in potentia, illud uerò quod iam est, dicitur esse actu. Iul. explicato apertius, quomodo aliquid sit potentia, & quomodo actu. Fab. libentissimè id faciam, audi. Nihil effici potest. nisi materia priuatio & forma adsit, hæc enim sunt rerum principia, ut ait S. Thom. in opusc. de princip. rerum, & Aristot. ij. Phys. exempli causa, Artifex statuarius uult statuam Cæsaris ex ære effingere, oportet ut adsit materia, quod est æs, & q;

Actu & potētia quid dicatur e

fit in ipſo ære priuatio, hoc eſt quod non ſit in eo ære Cæſaris ſtatua, quia ſi eſſet, certè non fieret, quicquid enim fit, adhuc non eſt, niſi potentia. adhoc igitur ut Cæſaris ſtatua ſit actu oportet ut æri, uti materiæ, adueniat forma, quæ erit Cæſaris figura, & ita ſtatua quæ prius erat in potentia, erit iam actu. Forma enim facit rem eſſe actu, unde dici ſolet, forma dat eſſe rei.. Iulianus §. ſi quis. ff. ad exhibend. Requiritur præterea cauſa efficiens, hoc eſt ſtatuarius, qui formam ſtatuæ, quæ erat in potentia, in actum reducat. hæc colliges ex s. Thom. in opuſc. de princip. rerum.

Iul. hæc iam intelligo, ſi placet reuertere ad rem ipſam. Fab. ecce reuertor. Si promittis mihi ædificare domum, illa domus an tequam ædificetur, eſt ne potentia an actu. Iul. potentia inquã quia non adeſt forma, quæ facit rem eſſe actu. Fab. rectè ſentis. Illud igitur quod eſt potentia, dumtaxat poteſt eſſe & non eſſe. Exempli cauſa. Cardinalis potentia eſt pontifex, ergo poteſt eſſe & non eſſe pontifex. At ea quæ poſſunt eſſe & non eſſe, ſunt incerta, ut ait Ariſt. iij. Ethic. Nam quo eueniant modo, incertũ eſt. poſſunt enim & hoc, & illo modo euenire, & quæ poſſunt aliter ſe habere, & adhuc ſunt potentia. an ſint. nec ne, *latent*, ſuntque his quæ non ſunt per quam ſimilia, ſunt igitur incerta hæc ex Ariſt. in vi. Eth. & ex Euſtratio ibi interprete.

Facienda ſunt incerta non autẽ facta

Ratio quare facienda ſunt incerta.

Eadem ratione, Vlpianus in. d. l. ubi aiunt. §. qui id quod, ff. de uerb. obl. ait, id quod in faciendo conſiſtit, incertum uidetur, ratio eſt, quia adhuc id quod non eſt actu, eſt perinde ac ſi non eſſet. E contrario id quod actu eſt, habet ſuam formam, per quã in ſuo eſſe (ut ita dicam) conſiſtit. d. l. Iulianus. §. ſiquis &, conſequenter eſt certum, quia apparet quid quale quãtumue ſit. d. l. ubi autem, in prin Iul. ita eſſe arbitror Fab. dicas quæſo, ſi cõmodo tibi equum, accommodo ne tibi rem certam, an incertam Iul. certe profecto Fab. ſi mox peto illum equum mihi reſtitui peto ne mihi reſtitui rem certam an incertam. Iul. ſubſiſto Fab. quamobrem. Iul. quia ex una parte audio Doctores dicentes, eum qui tenetur reſtituere, teneri ad factum. Reſtituere enim aiũt eſſe, quid facti, ergo incertum. d. §. qui id quod. Ex altera parte, uideo equum reſtituendum, eſſe rem certam, idcirco quid dicam neſcio, tuam igitur ſententiam expecto,

Fab. Si reſtituere eſt quid facti, ergo tradere eſt etiam quid facti. Iul. ita reor Fab. ergo dare etiam erit quid facti. arg. l. cõſilio. §. fin. ff. de curat. fur. Iul. non facile aſſentior, quia dare eſt dominium transferre. §. ſic itaque, Inſt. de actio. Dominium autem

est ius.l.ex hoc iure.ff.de iust.& iur.& ibi not.

Fab. non sequitur dominium est ius, ergo ipsum dare seu ipsa datio per quam uti per instrumentum, dominium transfertur, est etiam ius. Nam alia res est datio ipsa, alia ipsum dominium quod per illam transfertur. quemadmodum aliud est id quod fit, aliud per quod fit. Culter.n qui efficitur, lõgè distat à malleo, per quem ille efficitur. Est igitur ipsum dare seu ipsa datio quid facti, sicut restitutio & traditio.d.l. consilio §. fin. Iul. esto quid tum? Fab. si restitutio, traditio, datio, ob id quod sunt facti, essent impedimento, quo minus certi condictio ad rem emptam, certam quidem ad rem commodatam promissamque competeret, procul dubio certi condictio, ex nulla obligatione daretur. omnis enim qui agit aut ad dandum, aut ad tradendum, aut restituendum, aut ad faciendum agit.§.i. Inst.de action .l.i.ff.de actio. empt.hęc autem sunt facti, ergo & c. & tamen iureconf. in.d.l. certi condictio ait, certi condictionem competere ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua cert. pet. sufficit itaque ut res quæ petitur sit certa, hoc est ut sit actu & appareat, quæ, qualis, quantaue sit .d.l. ubi autẽ in prin.

Nec est considerandum an ipsa media, seu instrumenta, per quæ res datur. aut traditur, aut restituitur sint facti, an non. Iul. Huic tuæ opinioni uidetur obstare id quod dicunt scribentes Fab. quid dicunt.

XCIX. Declaratio, an certi condictio competat ex empto.

IVL. Aiunt non posse ab tempore certi condictione agi, ut uenditor rem uenditam, quamuis certã sibi tradat, quia uenditor potest soluendo id quod interest, liberari .l.i.ff.de act. emp. & ibi not. & per consequens solutio erit uariabilis, & ideo incerta, Non potest igitur ad rem uenditam competere certi condictio, quæ ad certum dumtaxat competit, nisi ut aiunt ipsi, agens ita conciperet libellum, ut appareret uenditorem præcisè cogendum esse ad tradendum, utputa inquit Bar. si dicerem in libello, dico quod uendidisti mihi fundum, & illum tenes, & possides & illius es dominus, quare peto te condemnari. hæc Bar. ad uerbum in.d.l.certi condictio.

Fab. Si doctores accuratè animaduertissent Vlpiani uerba in

.d.l.certi condictio, hoc utique non dixissent: ibi enim Vlpianus in hæc uerba ait. Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur: non autem dicit, ex omni obligatione, ex qua certum soluitur, si enim consideranda esset solutio, utique dixisset, ex qua certum traditur certumque soluitur.

Certi cõdictio cõpetit ex õni causa ex õni obligatiõe ex qua certum petitur

Sufficit itaque adhoc, ut certi condictio competat, ut certum petatur, nec refert si postea id quod interest, seu (ut aiunt) interesse soluatur, inspiciendum est enim id quod præcipuè petitur, nõ autem id quod per consequens solui contigerit, arg l.i.ff.de aut. tut. Quamobrem certi condictio ex empto competit ad fundum seu equum tradendum etiamsi simpliciter agatur. Iul. si tradere seu traditio est facti.d.l.consilio.§.fi.& etiam tu fateris, ergo est incertum quid.d.§.id quod. si est incertum qui fieri potest ut competat certi condictio?

Ipsum tradere seu ipsa traditio est uti instrumentum

Fab. satis putabam istud declaratum esse, sed fortasse non animaduertisti. Dico rursus quia ipsum tradere seu ipsa traditio, est uti instrumẽto, per quod fundus siue equus alteri ab altero tradit hanc ob causam dicitur quid facti. Omnia instrumenta dicuntur quid facti. at non instrumenta, sed opus quod per ipsa efficitur, inspiciendum est.

Quando igitur id quod est tradendum, est omnino certum, eo quod iam est in actu, & apparet quid, quale, & quantum, ueluti est fundus, equus, & eiusmodi, tunc certi condictio proculdubio competit, nec est consideranda ipsa traditio, quæ est uti instrumẽtum (ut supra dixi) nec refert si deinde contingat solui id quod interest.

Quando autem id quod tradendum est, non actu sed potentia est, tunc non competit certi condictio. Exempli causa, si quis stipuletur uacuam sibi possessionem tradi, incertum stipulatur d.§.qui id quod ratio, quia illa possessio adhuc actu non est, sed potentia solum, cum à stipulante non dum sit acquisita. Acquiritus enim & animo & corpore .l. quemadmodum .ff. de acqui. possess.

Iul. hæc distinctio mihi quidem non displicet, sed si tibi non est molestiæ. paulo apertius explicato, quomodo possum agere certi condictione ex empto ad tradendum fundum, cum uenditor soluendo id quod mea interest liberetur.l.i.ff.de actio. emp. & ita solutio ex debitoris potestate, ut inquiũt doctores, ẽ uariabilis, idcirco non continet certum, quemadmodum nec stipula-

tio alternatiua.d.l.ubi autem.§. qui illud.

Fab. dixi inspiciendum esse id,quod principaliter petitur, non id,quod per consequens contigit .d l.i. de auct.tut. satis est igitur,quod in libello,quid certi petatur,quid autem postea sol/uatur,non refert. Nec obstat .d.§. qui illud.quia ibi à principio solutio,debitoris arbitrio,erat uariabilis,propterea ꝙ aliquis pu ta Titius stipulatus est sibi dari decem,aut hominem, & sibi ele/ctionem non constituit,& ideo incertum stipulatus est. Hanc ob causam peti certum non poterat,& per consequens non compe/tit certi condictio,sed quando á principio potest certum quid peti,certi condictio sine dubio datur,nec refert,quòd potest solu tio postea uariari:quia talis uariatio.per consequens contingit, & ideo non obstat.arg.l.i.ff. de auct. tut. Iul. hæc sunt adeo uero similia,ut assentiri iam cogar,uelim tamen aliud mihi decla rari. Fab. quid?

CI. Declaratio, an certi condictio generalis possit cum actione de dolo concurrere.

IVL. Quærunt doctores,an certi condictio generalis possit cum actione de dolo concurrere, eo quòd actio de dolo non competit, ubi potest alia actio competere .l.i.§. ait prætor et .l.ff. cum.iij. sequen.ff. de dolo. Fab. quid ipsi sentiunt. Iul. aiunt alias actiones cum doli actione concurrere non posse, sed certi condictionem generalem asserunt cum illa concurrere.

Fab.maximopere allucinantur ,nam quemadmodum impos/sibile est animal generale ex aliqua fæmina nasci , cum sit genus, pari ratione,impossibile est, certi condictionem generalem , uti genus ex aliquo contractu,seu obligatione oriri.arg.l. illud.ff. ad.l. aquil.& sæpius supra dixi. Verum tamen est,certi condi/ctionem particularem ex dolo,si certum petitur , nasci. Iul.ergo particularis certi condictio cum doli actione concurreret.quod ē contra .d.§. ait prætor. Fab. dic quæso,ensis dicetur ne concur rere cum gladio? Iul.minime,quia essentia, idem sunt. Fab. pari igitur ratione,nec certi condictio particularis, cum doli ac/tione concurrere dici potest, cum essentia sint idem . Nam actio de dolo,est actio in personam. Actio uero in personam,& con/dictio,idem sunt.d.uers.appellamus. Insti. de actio,d.l. actio/

num genera.ff.de actio.& oblig.& supra dixi.

Iul. quando igitur locum habebit.d.l.ij.cum sequ'n.ff.de dolo. Fab. quando est aliqua actio,quæ specie à doli actione differat,utputa aduersus tutorem dolosum. tutelæ actio, & actio doli minime concurrũt.l.ideoq; ff.de dolo.

Idem de aliis actionibus,quę specie à doli actione distant dicendum est.sed certi condictio de dolo,& actio de dolo, specie minimè differunt,immo essentia sunt idem. Iul. ergo ineptè absurdeq; dicet quispiam eas concurrere. Fab. ineptissimè inquã Iul. ex sententia tua,pro comperto habendum est, certi condictionem generalem non posse ex aliquo contractu nasci Fab.hoc nihil uerius dici potest. Iul. ergo frustra quærunt doctores quo modo cognoscatur,an in libello intentetur certi condictio generalis an specialis id est particularis. Fab. frustra profectò cum (ut dixi) generalis intentari minimè possit,sed particularis dumtaxat nascitur exerceturq;. Actio enim sine controuersia circa particularia ipsa uersatur. Arist.vi.Eth.Tot enim sunt media concludendi,quot contractuum species, ex quibus certum petitur. utputa si ago ex locato,dicam quia locaui,si ex conducto,quia cõduxi, si ex commodato quia commodaui.si ex mutuo quia mutuaui.& sic de aliis.Certè igitur mi Iuli scias,certi condictionẽ generalm, uti generalm,neq; nasci neq; intentari neq; exerceri à quopiam posse,sed particularis est ea quæ nascitur quæq; exercetur Iul. hæc ita apertè iam explanasti ut nec obliuioni nec dubitationi apud me iam locus dari queat, sed alia oboritur quæstio, Fab. quæ.

CII. Declaratio quamobrem certi cõdictio fuerit introducta.

IVL. Quærunt doctores,quamobcausam huiusmodi actio fuerit introducta,& reddunt rationem,sed ea mihi nequaquam satisfacit,aueo igitur abs te hoc audire. Fab. dic mi Iuli, actio in rem quam ob causam inuenta fuit. Iul. ut per eam rem nostram quæ ab alio possideretur,in iudicio peteremus.l.actionum genera,in prin,ff.de actio.& oblig. Fab,rectè ais.& actio in personam quamobrem introducta est? Iul. ut cum eo agamus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid uel dandum.d.l. actionum genera. Fab.ita est.Dic nunc quæso,actio in personã,

&

& condictio non re est eadē.d.l.actionum genera,&.§. sic itaq; uers. appellamus.Instit. de actio. Iul. eadem uidetur secundū Vlpianum in d.l.actionum genera,dum ait, actio in personam, quæ condictio appellatur ,& tu superius hoc apertè demonstrasti: dicebas enim esse synonyma,seu multiuoca. Fab. Dic rursus,nonne eandem ob causam est inuentus ensis,qua & gladius? Iul. sine dubio,sunt enim,& hæc synonyma. Fab. ergo,qua ratione actio in personam,eadem & condictio introducta est: Et qua ratione actio certi in personam,eadem certi condictio inuenta est:cum re,& essentia,non differant:sunt enim synonyma(ut dixi). Iul. quæ causa inueniendi fuit ,necessitas an utilitas. Fab. utraq; simul,propterea q; ex condictione , necessarium , & utile erat,necessarium inquam erat si nostrum consequi uolebamus, ut esset condictio (quæ est idem cum actione in personam.d.l.actionum) qua ageremus cum eo,qui obligatus esset nobis,ad faciendū,uel dandū,& si ad certū esset obligatus ,certi actione,seu certi condictione:si uerò ad īcertū incerti actione,seu incerti condictione ageremus. Iul. accurratè hanc materiam declarasti, & ni tibi molestiæ esset,cuperem,ut me alio laqueo,quo implicitus teneor,sagaci tuo ingenio,explicares. Fab. quid laquei est? Iul.

Condictio idē ē cum actione in personam

Desiderantur non pauca.

CIII. Declaratio bonorum possessoris, bonorumq; possessionis.

Pretor quare non pōt facere heredē directum

QVæritur, an bonorum possessor, possit dici propriè hæres. Item quæritur, quamobrem, prætor directum hæredem facere non potest. Bar. in l. Centurio. ff. de uulg. & pupil. sub. in prima oppositione dicit, bonorum possessorem, hæredem dici minime posse, per tex. in. §. quos autem. Insti. de bono. posses. ubi Imperator ait, bonorum possessorem esse loco hæredis, sed ipse Bar. conatur duobus modis respondere, primò ꝙ ille. §. quos autem, habet locum in testamēto de iure prętorio, nos autem loquimur in testamento condito de iure ciuili. Ista solutio illi textui aptari nequaquā potest, loquitur enim indistinctè, & ita indistinctè intelligi debet l. de precio. ff. de public. in rē ac.

Hanc ob causam ipse alio modo respondet, inquiens, appellatione hæredis, largè contineri bonorum possessorem, per tex. in. l. hæreditatis appellatio ff. de uerb. sig. & sic bonorum possessor, largè dici potest hæres, non autem propriè, secundum Bar. Istam ultimam responsionem, aiunt probari per tex. in l. ij. ff. de bono. posses. ubi iureconsf. ait in omnibus, bonorum possessorē uice hæredis haberi, & per tex. in. l. i ff. de bo. pos. hæred. peti. Vbi dicitur, ꝙ post ciuiles actiones hæredibus propositas, prætor habet rationem eorum, quos uelut hæredes facit, probatur ēt per. d. §. quos autem, ibi loco hæredis, si loco hæredis, ergo non hæres.

Bonorum possessor an possit dici heres

Aliqui tenent contrarium ꝙ immo bonorum possessor, sit propriè hæres: per tex. in d. l. hæreditatis appellatio. Vbi dicitur, hæreditatis appellatione, bonorum possessionem contineri. Verbum enim continetur, est uerbum, significans proprietatem, probatur per tex. in. l. i. §. bonorum. ff. ad Trebel. & per tex. in l. in conditionibus. §. si patronus. Confirmatur etiam ratione nam cui competit diffinitio, competit eius diffinitum. Hæreditas. n. nil aliud ē nisi successio in uniuersum ius. l. nil aliud ff de uerb. sig. sed per bonorum possessionem, succeditur in uniuersum ius, ergo bonorum possessio est hæreditas.

Ego uerò utramq; opinionem arbitror esse ueram. Pro huius quæstionis intelligentia, suppono illud quod habetur, insti.

de adoptio. Vbi dicitur, adoptionem esse genus, quod diuiditur in duas species, in adoptionem scilicet, quæ est species, & arrogationem, quæ est altera species. Est igitur adoptio, & speciei & generi, nomen accommodatum, sed non ualet argumentum, est arrogatio, ergo est adoptio in specie, sed bene ualet est arrogatio, ergo est adoptio in genere.

Nunc uidendum est, quid sit hæreditas, quis autem ignorat, hæreditatem nil aliud esse, quam successionem in uniuersum ius, quod defunctus habuit tempore mortis, sed huiusmodi successionem non homo, sed lex facit. Mortuo enim homine, lex colligit omnia eius iura, & actiones, ex quibus facit quendam cumulum, hinc lex dicit, nil aliud est hæreditas, quam successio, supple tu, facta à lege, & in hunc bonorum cumulum, succedit lex suscipiẽdo omnia defuncti bona, hæc autem successio facta à lege, uocatur hæreditas, quæ est quædam domina illorum bonorum. l. non minus. ff. de hæred. insti.

Hæc autem hæreditas, uti genus, in duas diuiditur species. Hæreditas, ut genus diuiditur in duas species

Alia enim est hæreditas, de iure ciuili. Altera uerò de iure p̃torio, quam bonorum possessionem appellant. Nam hæreditas de iure ciuili, in specie, est collectio omnium iurium, & actionũ tam directarum quam utilium. l. nihil ẽ aliud. ff. de uerb. sig. Hæc autem hæreditas iure ciuili, antequam essent prætores, inuẽta fuit. Sed quia nonnulli iure ciuili incogniti erant, nec ab eo, ad successionem uocabantur: ueluti emancipati, & similes. Insti. de hęred. quæ ab intes. def. §. emancipati. Hanc ob causam prætor bonorum possessionem introduxit, omnia defuncti iura, & actiones utiles, non tamen directas, continentem. l. i. de bono. pos. ff.

Est itaq; hæreditas, ut genus. d. l. hæreditatis appellatio quæ in duas diuiditur species, in bonorum possessionẽ scilicet, & hæreditatem. Exempli gratia.

Hæreditas genus. Hereditas spẽs hereditatis in genere

una hæreditatis species	Bonorum pos.	Hæreditas, altera hæreditatis species.

Si igitur quæratur, an bonorum possessio sit propriè hæreditas dicito genus inesse cuilibet speciei, & de qualibet specie propriè dici, ualet enim est musca, ergo animal, argumentum enim de spe

cie,ad genus affirmatiue,non autem de specie,ad speciem,procedit,non enim sequitur,est homo,ergo est equus, licet homo, & equus sit animal.

Ita ad propositum,si quæratur,an bonorum possessio,dicatur propriè hæreditas,sine dubio dicendum est,bonorum possessionem,dici propriè hæreditatem, in genere,ualet enim argumentū, est bonorum possessio,ergo est hæreditas in genere, sicut ualet est arrogatio,ergo est adoptio in genere,non tamen ualet,est bonorum possessio,ergo est hæreditas in specie,sicut non ualet,est arrogatio, ergo adoptio in specie.

Bonorum possessio dicit propriè hæreditas in genere

Est itaq; bonorum possessio hæreditas, non tamen est illa hæreditas in specie, quæ continet iura directa,sed est hæreditas in genere, & isto respectu bonorum possessio propriè est hæreditas,et ita procedit opinio dicentium bonorum possessorem propriè eē hæredem. At si accipias hæreditatem in specie, tunc bonorum possessio,non dicetur propriè hæreditas,sed large, & ita opinio Bar. hic seruatur.

CIIII. Declaratio .§. quos autem. Insti. de bono. pos.

NVNC uenio ad.§.quos autem. Instit. de bon. poss. ubi imperator dicit, prætorem non posse facere hæredem directum : Quæritur quid possit esse in causa, quamobrem prætor non potest facere hæredem:antequam respondeatur,ne in ambiguo erremus. Sciendum est hoc nomen hæres, idem esse q; dominus.§.fi.Inst.de hær.qual.& diff Ibi. ueteres enim hæredes pro dominis appellabant. Quamobrem hæc appellatio hæres, ueluti dominus,potest capi ut genus, quod diuiditur in duas species,in hæredem scilicet directum,& hæredem utilem. Hæres utilis,assumit sibi aliud nomen uocaturq; bonorum possessor, hęres uero directus,generis nomine simpliciter appellatur hæres.

Heres ut genus diuidi ut in duas species

Est igitur hæres nomen generis & speciei, ut dicitur in adoptione. Adoptio enim sumitur pro genere,& pro specie. Instit. de adopt.in prin.

Si igitur quæritur,an prætor possit hæredem facere eum, qui accipit bonorum possessionem,dicas interrogationem esse ambiguam. At si quæratur,an prætor possit utilem hæredem efficere, respondeas,ab eo id fieri posse : nam bonorum possessor est hæ-

res utilis, sequitur enim est bonorum possessor, ergo hæres in genere, ut. l. i. C. unde libe.

Rursus si queratur, an bonorū possessor sit hæres in specie, & sic hæres directus, respōdeas minimè, sed est loco hæredis directi. l ij. ff. de bono. possess. & d. §. quos autem, & dicitur esse loco hæredis quia in effectu omnia habet, quæ hæres directus (quo ad commoditatem & utilitatem) habet. d. l. ij. & ratio quare non efficiatur hæres directus est, quòd prætor hæredem directum facere non potest, per. d. §. quos autem. Bonorum possessor ē heres utilis.

C V. Declaratio, quare prætor non potest facere hæredem directum.

SED quæritur, quæ est ratio, quamobrem prætor non potest facere hæredem directum. docto. in rub. C. qui admitti, uarias ponūt rationes, sed nulla est quæ refutari non queat. At mihi interius cogitāti, uera huius quæstionis ratio occurrit. Pro cuius intelligentia aliquantulo altius repetendum esse arbitror: si quis enim ab initio rerum originē respiciat, optimè discernet. i. Pol.

Et prius igitur præsupponendum est, duo nomina hæc, apud Iurecōsultum reperiri, dominium scilicet, & proprietatem, sed dominium est latius, & tanquam genus, habens duas species, scilicet dominium directum & utile. l. i. ff. si ager uectig. pet. proprietas uerò solum pro directo dominio. & nunquam pro utili capituitur uult Bald, in. l. cum res in fi. C. de prob. tenuerunt & alij. quos refert Ias. in. l. traditionibus. C. de pact. licet nos aliter sentiamus in declaratione. lxxviij. aliud. n. ē ꝓprietas, aliud dominiū, proprietas quidem dominium præcedit, ut ibi dixi.

Nunc est sciendum, iure naturæ non fuisse proprietatem, proprium enim est, quod uni competit, & non omnibus, sed iure naturali omnia erant communia, scilicet immobilia, ut in c. ius naturale. i. distin. ut alibi dixi, nihilq̧ eorum erat priuatum, & ideo nihil proprium, proprium enim est, quod uni soli & semper conuenit, non erat igitur eo iure rerum immobilium proprietas. & per consequens nec dominium directum, scilicet priuatū ut ait Cicero in. i. offic. in hæc uerba, Sunt autem natura priuata nulla. Proprietas non erat iure naturæ.

Erat igitur tunc immobilium rerum dominium commune, & eo tempore gentes sparsim uiuebant, ut dicit philosophus in. i,

Pol. quemadmodum hodie Scythæ. qui omnem suppellectilem in curribus ferunt, nec habent urbes, nec semper in eodem loco morantur, sed modo hic, modo illic, ponunt sedes, prout inueniunt loca quæ sibi suisq; pecoribus usui sint, & hoc modo uixerunt homines, in prima illa mundi ætate, à tempore Adam usque ad tempus Noe. Post diluuium uerò & interitum omnium ferè hominum, remanserunt Noe, & tres eius filij Sem, Cham, & Iaphet, eorumq; uxores omnes diuino beneficio, in arca illa seruati, ut habetur in c. vij. & viij. Gen.

Ex his tribus filijs Noe, septuaginta duæ familiæ natæ sunt, habitabantq; in oriente, quorũ una erat lingua siue sermo, tentarunt ausiq; sunt deinde turrim ædificare, cuius culmen ad cælum usq; perueniret: hoc uidens Deus, eorum linguam adeo confudit ut alius alium non intelligeret, idcirco una lingua in septuaginta duas diuisa est, quemadmodum septuaginta duæ erant familiæ, & tot linguas aiunt in toto mundo reperiri. Augu. de ciuit. dei lib. xvi. c. vi. & ix. ob hanc linguarum confusionem, locus ille dictus est Babilon. illæ autem familiæ totum orbem inter se diuiserunt. Augu. lib. eod, c. iij. dicit terram diuisam fuisse tempore, quo natus est Phalech, filius Aber, qui erat abnepos Sem, unius ex tribus filijs Noe, eod. lib. c. xi. & vi.

Mundus quo tẽpore fuit diuisus

Et quia erant tres patres, scilicet Sem, Chã, & Iaphet: hanc ob causam, totus orbis in tres partes diuisus est. in Asiam. s. Aphricam, & Europam, & hæc fuit prima rerum immobilium proprietas & unaquæq; earum pars subdiuisa est, in plures partes, prout plures erant familiæ, erant fortasse termini, montes, ac flumina: cæperuntq; deinde ædificari ciuitates, et cuiq; ciuitatum erat proprium territorium.

Ciuitas est persona quedam

Hanc ob causam, unaquæq; ciuitas sui territorij proprietatem, & consequenter dominium directum habebat. Verum quia ciuitas, nihil aliud est quam quædam uniuersitas, seu quædam persona ficta à lege repræsentata, ut dicit Bar, in. l. aut facta. §. non unquam. ff. de pæn. est enim ciuitas quædam multitudo ciuium ut in. iij. polit. Est etiam ciuitas quoddam totum, & ciues sunt eius partes. Ciuitas igitur, erat domina territorij, illudq; solebat inter suos ciues distribuere, & ita termini agris affigebantur. hoc põt colligi ex. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur.

Singuli itaq; ciues cæperunt proprietates, & consequenter directa dominia, separatim habere, cæperunt igitur directa dominia ex iure gentium existere intellige rerum immobilium. d. l. ex

hoc iure. mobilia enim iure naturæ quisq; sua habebat, ut supra dictum est. Sed nonnullæ ciuitates territorium commune omniũ ciuium relinquebant, quam ob causam singuli ciues territorij dominium pro indiuiso habebant quo circa colligebant ex eo fructus, ibiq; armenta, gregesq; pascebant, & alia huiusmodi ad uitam necessaria ex eo territorio percipiebant: Nullus igitur habebat proprietatem, propterea q; nullus poterat dicere, hoc est meũ sequitur ergo q; nec habebant dominium directum priuatum scilicet quippe cum directum dominium priuatum ex priuata proprietate originem habeat. De ciuitatibus autem quæ territoria communia habebant, meminit Aristo. in. i. & ij. Polit.

Ciuitas ergo romana, postquam sibi agrum romanum uendicauit, continuo eius domina effecta fuit, atq; illum inter suos ciues diuisit, unde crebro apud Historiographos inuenitur, de lege agraria tractatum fuisse, permisitq; ciuibus suis, ut eorum quisq; posset in uita, per traditionem, iusto præcedente titulo, dominium in alium transferre.

Erat tamen ipsa ciuitas, seu eius princeps, domina in uniuerso ut not. per Bar. in. l. 1. in. §. per hanc legem, ff. de rei uend. Hinc ẽ q; ciuitas, seu princeps, potest dominium á ciue ex causa, uel sine causa ex plenitudine tamen potestatis auferre, propterea q; ipse est dominus. l. deprecatio ff. ad. l. rhod. de iac. potest ergo supra ius, contra ius, uel extra ius, & quicquid uult potest adiecta tamen clausula non obstante. &c. Ex qua appareat id ex eius uoluntate fieri, nam in dubio non præsumeretur, uelle ius alicui auferre. Ciuitas põt auferre dominium a ciue

Inferiores autem principes, ut Marchiones, & Comites, id facere minime possunt, cum ipsi non sint domini, ut uolunt Doc. quos refert Ias. in. l. rescripta. C. de precib. Impe. offe.

Post mortẽ uerò alicuius ciuis ab intestato defuncti quia mors omnia soluit in Aut. de nup. §. deinceps, dominium directum ad ciuitatem, tanquam ad dominam reuertebatur, quæ quidem ciuitas per legem suam, omnia iura, omniaq; illius defuncti dominia directa, in unum colligit cumulum, efficitq; ius quoddã uniuersum, in quod ipsa succedit ciuitas, quam quidem successionẽ, appellant hæreditatem l. hæreditas. ff. de reg. iur. atq; illa hæreditas, omnium illorum iurium domina existit, l. hæreditas in multis & l. hæreditas. ff. de acqui. rer. domi. Dominium directum ad ciuitatẽ reuertitur

Ad hanc autem hęreditatem ciuitas suo arbitratu uocabat, quẽ ratio, pro rei publicæ statu uocari suadebat,

Est enim respublica ordinatio ciuitatis benè uiuendi gratia, ut in iij. Polit. modo itaq; uocabat masculos, & fœminas simul modo masculos tãtum, quibusdam exclusis fœminis. ut Inst. de leg. ag succes. l. maximum uitium. C. de lib. præter.

Adde quod prius non uocabat matrem ad successionem filij nec è contrario. ut Instit. ad senat. con. Ter. & Orfi. Emancipatos etiam penitus excludebat. §. emancipati. Instit. de hæredit. quæ ab intest. def. hodie autem omnes uocat, ut in Aut. in successiõe C. de suis & leg. hæred.

Item arbitrio suo ciuitas per legem hunc testari permittit. illum prohibet, hunc sinit capere ex testamento, illum uetat, ut in multis legibus uidere licet.

Ex his igitur apparet ciuitatem post mortem alicuius ciuis intestati effici bonorum illius dominam, eaq; bona ei dantur, cui ipsa dari constituit. Ciuitas ergo sola, seu princeps, qui est hodie loco ciuitatis, potest dominia directa alicuius mortui, tanquam illorum domina in alium transferre.

CVI. Declaratio quomodo Imperator est dominus totius mundi.

SED si quæratur, an tempore quo iure naturæ homines degebant, esset directum dominium, Responde, sicut erat proprietas, ita erat dominium. Proprietas autem totius mundi erat, sicut hodie est maris, eiusq; littorum: quæ quidem est nullius hominis, est tamen omnium. §. littorum, & ibi glos. Inst. de rer. diui.

Proprietas mundi a principio erat nullius priuati

Erat itaq; proprietas totius mundi iure naturæ, nullius priuati, sed erat omnium indiuisa ac indistincta. Idcirco quoddam uniuersum dominium, omnium hominum indiuisum ac indistinctũ erat, dominium enim sequitur proprietatem, & qualis illa est tale & illud existit.

At si quis alicuius loci proprietatem sibi occupasset, ibi rusticè ædificãdo, illius loci dominium acquirebat. quam diu scilicet ibi ædificium manebat: sed sublato inde ædificio, locus ille in pristinam causam reuertebatur; quamobrem si alius in eodem loco rusticè ædificasset, eius loci proprietatem, directumq; dominium acquirebat. l. quod in littore. ff. de acqui. rer. dom. Sequitur itaq; directum dominium proprietatem, qualis igitur est proprietas, tale efficitur dominium.

Dominium directum sequitur proprietatem

Vniuersum

Vniuersum itaque dominium totius mundi apud eum manet, apud quē uniuersa generalisque proprietas reperit, idest apud Imperatorem, si quis talis est. l, deprecatio. ad. l. rhod. Et hanc ob causam dominus mundi appellatur.

Et ut manifestè hoc appareat exemplo agatur, animal ē genus, & uerè cuilibet inest speciei, nam ita musca, sicut equus, & Elephas est animal: finge modo quempiam habere hoc animal in genere hic in omni profectò specie, aliquid, ut ita dicā, animalitatis habebit, propterea qui habet equum, habet animal in specie, & qui habet animal in genere, habet etiam aliquid in equo, cum in equo insit animal.

Ita dominium in genere, cuilibet speciei, indiuiduoque inest. idcirco potest quis habere dominium in genere in uno fundo, & alter in eodem fundo particulare dominium habebit. hanc obrem Imperator, qui habet hoc dominium in genere, iure dicitur dominium in quolibet agro, fundoque particulari habere. Non ab re igitur, dominus totius mundi in genere scilicet appellatur uniuersum enim cuiusque territorij dominium apud eum est, qui eius territorij uniuersam habet proprietatem, idest apud ciuitates regimen habentes, seu apud eorum Reges, priuatorum uerò locorum priuata dominia apud eos sunt, qui priuatas, idest singulas acquirunt proprietates. §. singulorum. Insti. de rer. diuis.

Imperator quomodo sit dominus totius mundi

Ex his apparet, uniuersum dominium directum, totius mundi ut genus generalissimum, in uniuersalia singulorum territorium dominia diuidi. Rursus hæc territoriorū dominia, in priuatorū dominia directa diuiduntur, sicut de genere generalissimo, & subalterno dicimus.

At si quispiam dicat, ergo erunt plures domini insolidum, cōtra. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod. Responde, duos posse fieri dominos insolidum. diuerso tamen dominio ut in dominio directo, & utili alicuius fundi clarè patet, directū enim est apud unum, utile uerò apud alium, scilicet emphyteotā. l. i. si ager uectig. uel emph. pet.

Duo dominī insolidum possunt esse diuerso dominio

Ita in re nostra, uniuersum totius mundi dominium, ut genus generalissimum, est apud Imperatorem, uniuersum uerò dominiū diuersorum territoriorum, ut genus subalternum, erit apud ciuitates, territoriorum dominas, seu apud eorum Reges. Priuata uerò dominia directa, quæ in priuatis particularibusque rebus consistunt. erunt apud priuatos, idest singulos homines, nec huic sententiæ obstat. d. §. si duobus, fateor enim duos, non posse esse do-

minos insolidum, eodem dominij genere, seu specie, id quod nõ est in re proposita.

Reuertor nunc ad rem nostram, & ad. §. quos autem, ubi Imperator in hæc uerba ait, per legem tantum, uel per similis iuris constitutionem, ueluti per senatus consulta, & Principis constitutionem, fiunt hæredes, intellige tu directi. Prætor autem qui in Vrbe ius reddebat, non poterat ius directum defuncti in alterum transferre, quia ipse non erat dominus, cum esset pars ciuitatis, ciuitas enim erat directa domina, ut supra dictum fuit. Prætores autem solum creabãtur, ut ius redderent, appellabanturq; Prætores, quasi preitores, quia præibant iure, ut inquit Varro. quam ob causam Iustinianus appellat eos antecessores quod est idem quod præitores.

Pretores quasi preitores

Sed quia potestatem supplendi, adiuuandiq; iuris ciuilis propter utilitatem publicam habebant. l. ius autem. §. i. ff. de iusti. & iur. ideo ipse prætor, ob publicam utilitatem, post mortem alicuius ciuis, omnia defuncti iura utilia inquam in cumulum quendam colligebat, efficiebatq; quoddam uniuersum ius, ex omnibus defuncti iuribus, utilibus dumtaxat, deinde faciebat quandã successiõem, qua succedebatur in illud uniuersum defuncti ius, succedebatur inquam, nõ ab homine, sed à iure prætorio, illamq; successionem appellabat bona. l. bona. ff. de bono. posses. in prin.

Postea edicto uocabat quem uolebat ad illa bona, idest ad illã successionem, nam nil aliud sunt bona in eo casu quam successio cuiusq; uniuersitatis mortui ut. d. l. bona. expresse dicitur, sicut hæreditas nil aliud est quam successio in uniuersum ius defuncti. l. hæreditas. ff. de reg. iur.

Bona ẽ successio quedam

Id quod est igitur hæreditas, iure ciuili, sunt bona iure prætorio. Hæreditas enim est successio facta, non ab homine, sed à iure ciuili in uniuersum ius omnium iurium defuncti tam utiliũ quã directorum.

Bona uerò est successio facta, scilicet à iure prætorio, in uniuersitatem omnium iurium utilium, ipsius mortui.

Pretor quare non põt facere heredẽ directum

Cum ergo Prætor non esset directus dominus, non poterat in alterum directum dominium transferre, quod non habebat. l. traditio. ff. de acqui. rer. domi. & consequenter non poterat hæredem directum efficere. Sola enim ciuitas poterat hæredem directum facere ipso iure, hoc est ipsa ordinatione Ciuitatis, ius. n. ut sæpius dictum iam est, est ordinatio ciuilis societatis. §. ius aũt

in uer. nam quod. Insti. de iur. na. gen. & ciuil & .i. Polit. poterãt hi etiam facere hæredem quibus ciuitas ipso iure, hoc est ipsa ordinatione seu constitutione sua concesserat, hi autem sunt senatores, & princeps, nulli quidem alij soli prçterquam Principi ciuitas hoc concessit, iccirco solus prætor hæredem facere nequit, hoc ipsum inquit Imp. in. d. §. quos autem, cum inquit quos autem solus uocat prætor, hæredes ipso iure non fiunt, habes ergo explanatum quid illa uerba ipso iure, quidue illa dictio solus significent, habes præterea rationem quamobrem solus prætor hæredem directum facere non potest.

Naturali tamen æquitate motus, uocabat Emancipatos, aliosq; per bonorum possessionem, ad illud utile iure naturæ dominium quod non repugnat directo, ut uidemus hodie in emphyteoticario, & directo domino. l. i. & ij. ff. si ager uectig. uel emph. pet. & quia hoc maximopere conducere ciuitati uidebatur, ciuitas ipsa passa est, hoc à prætore fieri, moxq; approbauit.

Ex supradictis colligi potest, quid sit hæreditas & quid sint bona, & profecto tantum hæreditas à bonis, quantum directum ab utile differt.

Siquidem hæreditas, est successio in uniuersum ius tam directũ quam utile, iure tamen ciuili. d. l. nihil est aiunt

Et bona itidem est successio uniuersitatis cuiusq; qua succeditur in uniuersum ius utile ipsius mortui, iure dumtaxat prætorio.

Deinde prçtor huiusmodi successione inuẽta, proponebat edictum, quo uocabat nonnullos ad hæc bona, siue ad hanc successionem, pollicitabaturq; eis, se daturum bonorum possessionem, quæ possessio ita à prætore in edicto promissa, appellabatur edictalis, ex eo quòd in edicto erat promissa. Bonorum pos. edictalis que

At si quis à mortuo Prætore uocatus hanc bonorum possessionem accipere cupiebat: id à prætore uiuo petebat, is autem prætor causa cognita, huic si iustum erat, huiusmodi bonorum possessionem decernebat l. bona. §. si causa cognita. ff. de bono. posses. quç possessio, ita à Prætore decreta, diceba tur decretalis, hodie uerò sine decreto, coram Iudice agnosci potest. ut not. in .l. i. C. qui admit.

CVII. Declaratio hæreditatis.

Hereditatis origo & declaratio

ET ut plenius faciliusq; hæc intelligantur, rursus dicamus, mortuo aliquo ciuitas seu lex colligit omnia ipsius mortui iura, horum iurium tam utilium quam directorum, quendam efficit cumulum, in quem succeditur à ciuitate seu à lege, eaq; successio est quædam quasi puella omnium iurium defuncti domina, quæ á iur̃ appellata ẽ hæreditas. l. nihil aliud ff. de uerb. sig. et hoc est quod ait lex nihil aliud est hæreditas, quã successio in uniuersum ius defuncti, successio inquam facta à lege, non ab homine, homo enim multo tempore post succedere potest. ut refert Bar. in. d. l. bona nu. iij.

Hæc autem puella, id est hæreditas, interdum ab ipso defuncto in testamento cuipiam spondetur, interdum à ciuitate, siue à lege defertur, tot. tit. de hæred. quæ ab intest. def. Inst. & de hær. abintest. uen. Aut.

Is uero cui puella hæc, siue hæreditas desponsata est, habet à ciuitate seu á lege ius adeundi hanc hæreditatem sibi promissam seu desponsatam, de quo iure adeundi plené loquitur Bart. in. l. is potest. ff. de acquiren. hæred. Hoc autem ius adeundi ab ipsa hæreditate separatũ est, hoc. n. iure adeundi mediante, ueluti instrumento quodã, potest is cui delata est ẽt sola uolũtate hæreditatem adire. Instit. de hær. qual. & diff. §. fi. hoc autem ius adeundi tringinta annos durat. l. licet. & ibi not. C. de iur. delib.

Hereditas adita extiguitur illico

Adita hæreditate omnia iura ĩ eum qui adiuit, transeunt. l. cũ hæredes. ff. de acqui. posses. sed huic hæreditati, siue puellæ, nescio quid infortunij accidit, accepta enim ab eo, cui uel à testatore, uel á lege desponsata est, illico moritur, cuius locum subit uocatus, seu sponsus, efficiturq; hæres, id est dominus omnium iurium defuncti: quemadmodum illa puella prius erat: hæres enim idem ẽ quod dominus. Inst. de hær. qual. & diff. & not. in. l. i. §. ueteres. ff. de acqui. poss. & Bar. in. d. l. bona. Confunduntur præterea iura olim defuncti, cum ipsius adeuntis iuribus, desinuntq; esse defuncti bona, ut in locis supradictis not. doct. in. d. §. ueteres.

At si forte uniuersũ illud ius defuncti, seu res quępiã ipsius patrimonij post aditam hæreditatem ab alio hærede seu possessore detineretur, ei qui adijt, petitio hæreditatis ad id consequendum

datur,l.regulariter,&.l.licet.ff.de peti.hæred.Hæc autem petitio hæreditatis triginta annis durat .l. licet. C. de iur. delib. & ibi Docto.

Sunt igitur tria,& quidem ſeparata, hæreditas ſcilicet & ius eam acquirendi ſeu adeundi,quod per aditionem efficitur,& ius petendi patrimonium ſiue hæreditatem ab alio poſſeſſam, id ꝓ per petitionem hæreditatis fieri licet. Aduerte tamen non propriè dici petitionem hæreditatis, cum hæreditas ſit extincta, quamobrem cum agimus petitione hæreditatis,petimus nos declarari eſſe hæredes, ideſt dominos illius uniuerſitatis iurium defuncti,hoc tangit Bar.in .d.l.bona nu. iij.& iiij. hæc de iure ciuili. Hæreditas

Dicamus nunc de iure prætorio,quaſi per eadem diſcurrentes mortuo itaq; aliquo,Prætor colligit omnia ipſius mortui iura. utilia tamen,illorumq; cumulum quendam efficit,in quem à iure ſucceditur,quam ſucceſſionem prætor appellat bona,ſicut ius ciuile appellat hæreditatem Et quemadmodum hæreditas eſt ſucceſſio in uniuerſũ ius,quod defunctus habuit.d.l.nihil aliud,ita bona, eſt ſucceſſio uniuerſitatis cuiusq; qua ſucceditur in ius mortui,ſuſcipiturq; eius rei commodum,& incommodum.l.bona in prin ff.de bono.poſſ.Et ſicut ius ciuile defert hæreditatem quibuſdam perſonis ab eo uocatis, ita & prætor ſuo edicto defert huiuſmodi bona,quibuſdam ab eo uocatis, utputa emancipatis liberis.agnatis,& cognatis ut in ſuis titulis patet. Bo. poſſeſſio quomodo naſcit

Item quemadmodum ius ciuile,uocatis ab eo ius adeundi illam hæreditatem tribuit,ut ſupra dictum eſt. Ita Prætor his qui ab eo uocantur,ſuo edicto poſſeſſionem ad bona illa perſequenda pollicetur, eamque petenti ſuo decreto decernit, quamobrem illa edictalis,hæc autem decretalis bonorum poſſeſſio appellatur. & ſicuti ius adeundi ab ipſa hæreditate ſeparatum eſt, ita poſſeſſio à prætore promiſſa eſt quid ſeparatum ab ipſis bonis, non ẽ igitur bonorum poſſeſſio una dictio ut aiũt ſed duæ ſeparatæ. Bo.poſ. edictalis

Et ueluti is,qui habet à iure ciuili ius adeundi, poteſt eo iure adire.hæreditatemq; ſuo arbitratu accipere, ita is cui à Prætore huiuſmodi poſſeſſio decreta erat, arbitrio ſuo per eam poſſeſſionem ueluti per inſtrumentum quoddam,illa bona.ſeu uniuerſitatem ſeu patrimonium defuncti accipere poteſt.agnita ſiue admiſſa huiuſmodi bonorum poſſeſſione,omnia iura utilia commoda incommodaq; hæreditaria, iure prætorio in agnoſcentem tranſibunt,l.i.de bon.poſſ.ueluti iure ciuili,omnia iura directa utili-

acq́,adita hæreditate in hæredem transeunt.l.cum hæredes .ff. de acqui. poss.sed per hanc possessionem, poterat uocatus,non solum patrimonium,sed etiam rem particularem persequi, & non solum persequi sed retinere.

Hinc Iureconsf. in .d,l. bona rectè definiens ait, possessionem esse ius persequẽdi,retinẽdiq́ patrimonij siue rei,quæ cuiusq́ cũ is moritur fuerit. At si ea bona ab alio possideatur, quemadmodum uocatus à iure ciuili,petitionem hæreditatis habet, Ita is à Prætore uocatus possessoriam hæreditatis petitionem habet,per quam tantundem consequetur, quantum hæres per petitionem hæreditatis.l.i.&.ij.ff.de.posses.hæred.peti.

Possessoria heredi tatis petitio

Sunt igitur hæc distincta,uidelicet, primum sunt bona, quæ est successio in uniuersum ius seu patimonium defuncti: secundum est possessio,quæ est ius consequendi, retinendiq́ illud patrimonium. Tertium est possessoria hæreditatis petitio, per quã petuntur illa bona,si fortè ab alio quam ab eo cui à Prætore data sunt,possiderentur.

Solet etiam quæri, referat ne dicere bonorum possessionem,an possessionem bonorum,respondeas nihil prorsus referre. Est tamen sciendum hanc bonorum appellationem, bifariam posse capi,interdum enim bona,est nomen iuris. & est successio quædã, qua succeditur in ius uniuersum mortui, & huiusmodi bonorũ appellatione,continentur omnia iura defuncti utilia dumtaxat, non autem rerum corpora. & qui horum bonorum possessionem accipit iurium dumtaxat possessionẽ accipit:Est.n. hæc possessio iuris,non autemcorporum.d.l.bona.§.i.ff de bon.posses.

Bona ẽ nomen iuris

Interdum hæc appellatio bona significat corpora ipsa,& qui hæc bona possidet,dicitur ipsorum bonorum possessionem habere,quæ possessio est facti uel iuris,ut plenè in possessionis tractatu demonstratum est.

Et de hac possessione loquitur tit.ff.de acqui.poss. Iura enim cum sint incorporalia,possideri no possunt,ut.l. seruus.§. incorporales.ff.de acqui.poss.

Nil itaq́ refert,an possessio bonorum, an bonorum possessio dicatur,sed uis est,an hæc appellatio bona significet iura,ut.l.ij. ff.de bonor.poss an corpora ipsa,ut in tit.de acqui.poss.ff. quãdo igitur significat uniuersum ius,ut.d.l ij.siue dicas bonorum possessionem,siue possessionem bonorum,idem est. Item quando significat corpora ipsa,poteris tuo arbitratu dicere possessionem bonorum,siue bonorum possessionẽ,& idem sine dubio erit.

Pos. bonorum an bo pos. dicatur nihil refert

CVIII. Declaratio.l. qui se patris .C. unde liberi.

HAEC lex, ut Bar. inquit, difficilior est omnibus aliis in .C. scriptis, dicit etiam Paul. de castro hanc legẽ uideri non solum scholaribus, sed etiam Doctoribus horribilem difficultas, ut arbitror, ex eius generalitate nasci uidetur: siquidẽ Imperator Constantinus ita inquit.

Si auus habens facultates non mediocres, moriatur intestatus, relicto filio, & nepote ex eo, deinde filius obierit, superstite eius filio, hoc est aui nepote, qui uidens hæreditatem aui lucrosam, paternam uerò damnosam, negabat se patris sui hæredem, uolebat tamen auitam amplecti hæreditatem. Casus legis

Quærebatur nunquid posset. Respondet Imperator á nepote iure ciuili id minime fieri posse, maxime si est emancipatus, iure autem prætorio poterit id effici.

Oritur itaq; ut dixi, difficultas, proptereaq; Imperator nõ aperit an ille filius, idest pater nepotis adiuerit patris sui hæreditatẽ, an repudiauerit, an mortuus sit deliberans. Item nec aperit, an filius, & nepos essent emancipati, an alteruter, uel uterq; esset in potestate. quamobrem ut materia huius legis facilè cuiq; innotescat, nonnulla prius declaranda sunt.

Doctores ferè omnes dicunt patrem ipsius nepotis, non adiuisse patris sui hæreditatẽ: & hoc pro comperto ut aiunt, haberi oportet, si enim pater nepotis, patris sui hæreditatem adiuisset, unum profectò ex duabus hæreditatibus patrimoniũ effectũ esset .l. sed si plures §. filio ff. de uulg. & pupil. not. Doc. in .l. i. §. ueteres. ff. de acqui. pos. Quamobrem non posset nepos etiam iure prætorio paternam repudiare, auitam uero acceptare. l. i. & .ij. ff. de acqui. hæred. & .d. §. filio.

Præterea, si adiuisset, non possent amplius dici aui facultates, sed filij. Insti. de hæred. qualit. & diffe. in prin. & tamen Imperator appellat aui facultates. Hereditate adita dicunt bona heredis nõ aute defuncti

Sed fortasse quispiam paulo subtilior diceret, aui facultates, scilicet olim, id quod non facilè admitto, uerba enim intelligenda sunt de præsenti. l. si ita scriptum. ff. de aur. & arg. leg. l. ruptitia polla. ff. de contrah. emp.

Stet ergo ex omnium Docto. sententia, firma conclusio hæc,

uidelicet, in hac lege, pater nepotis hæreditatem minimè, adiuit.

Videndum est, an repu diauerit, nonnulli aiunt, illum repudiasse id quod si uerum esset, illud uerbum negat, positum in tex. sine dubio, absq; iuris effectus existeret id: quod esse non debet, nã ut Bar. inquit, Imperator uult ibi duo, unum tacitè, expresse alterum, expressè inquam ostendit nepotem qui repudiat paternam hæreditatem, non posse nisi iure prætorio auitam habere, tacitè uerò aliud innuit, nam cum dicat tex. qui se patris negat hæredẽ, innuit q̃ si uellet esse patris hæres, posset utiq; etiam aui hæreditatem, ex persona patris etiam iure ciuili habere.

Aduerte obsecro in hoc secundo membro, codicem Bar. esse mendosum, est enim superflua negatio illa: caue ergo ne decipiaris, si igitur pater repudiasset, deinde filius, hoc est aui nepos, fieret patris sui hæres, non posset iure ciuili habere auitam, nec ex persona quidem patris, id quod recipiendum nequaquam est, si quidem Imperator in tacito intellectu innuit, nepotem ex persona patris posse aui hæreditatem habere.

Item si pater repudiasset, non uideo, quamobrem nepos non possit aui hæreditatem etiam de iure ciuili amplecti, cum esset separata à patris sui hæreditate, argu. l. ij. §. sed si sui. ff. ad Tertul.

Lege qui se patris filius neque adiuit neque repudiauit patris heredi tatem

Restat itaq; legem hanc esse intelligendam, quando filius, hoc est pater nepotis, nec adiuit, nec repudiauit sui patris hæreditatẽ, & in hanc sententiam ferè omnes doctores tam antiqui quam recentiores in. d. l. qui se patris, pedibus eunt, à qua nec ego discedo, & si hoc modo intelligatur hæc lex, illa uerba negat se hæredem, non ab re posita sunt in tex. Propterea q; si non negaret se patris hæredem, sed eius esset heres, sine controuersia ipse nepos iure ciuili posset auitam habere hæreditatem ad se, uel iure suitatis, uel iure sanguinis à patre transmissam. l. apud hostes. C. de suis & legi. hæred. l. unica. C. de his qui ante aper. tab. & huiusmodi interpretationi secundum Doct. omnia sunt consentanea.

Stet igitur firma conclusio hæc. Filius, hoc est pater nepotis, in. l. qui se patris mortuus est, neq; adita, neq; repudiata sui patris hæreditate.

Nunc uidendum est an lex, hæc loquatur de utroq; emancipato breuiter dubium non est, quin de utroq; emancipato nequaquam loquatur. esset enim de indubitabili casu, contra. l. quod labeo. ff. de carboni edicto. Emancipatus enim iure ciuili nihil iu

ris

ris habet. Insti. de hæred quæ ab intes. defe. Minime dici potest, patrem nepotis fuisse emancipatum, nepotem uerò in potestate retentum, eo enim casu, nepos fuisset suus hęres auo. §. ita demum. Insti. de hæred. quæ ab intes. defe. §. sui Insti. de hæred. qual. & diffe. Quocirca posset iure ciuili auo suo succedere, etiã repudiata patris emancipati hæreditate, id quod apertè in hac lege negatur, erat igitur pater nepotis in potestate, ut omnes confirmant.

Adde præterea hanc legem non posse intelligi, ut loquatur de nepote emancipato, esset enim contra tex. qui etiam in eo qui in potestate existit locum habet, dum ait maxime emãcipatus, quod ostendit idem esse, etiam si in potestate fuisset, ob dictionem illã maximè.

Reliquum est, ut hic tex. intelligatur & de patre, & de nepote qui sub potestate erant. Hoc supposito, quæri solet, an nepos repudians patris sui hæreditatem, possit etiam iure ciuili aui hæreditatem accipere. Doc. & glos. asserunt nepotem nullo pacto posse iure ciuili aui hæreditatem amplecti, repudiata patris sui hæreditate, id quod à partium enumeratione ita ostendunt: Aiũt enim, aut nepos uult auo succedere, ut suus hæres, & non potest propterea ꝙ pater eius, tempore mortis, aui illum præcedebat, quo casu nepos non est suus hæres. d. §. sui, & d. §. ita demum. *legẽ quĩ se patris & filius & nepos erãt in potestate*

Et si quispiam diceret, nonne mortuo patre, nepos per successorium edictum, ut suus hæres potuisset auo succedere. Respondent Doctores, successorium edictum, in suis minime locum habere. l. i. §. sciendum. ff. de suis & leg. hę. Et maxime, ex. l. duodecim tabularum, qua non poterant filij, non esse hæredes. §. sui Insti. de hæred. qual. & dif. Non poterat igitur filius non existere hæres, hanc ob causam successorio edicto locus minime erat, tunc enim illud locum habet, quando proximior, aut spernit hæreditatem, aut anteaquam adeat, mortem obijt. §. placebat. Insti. de legi. ag. succes. in prin. *Successoriũ edictum nõ habet locum in suis*

Et licet filius permissu prætoris possit hæreditate patris abstinere. d. §. sui. uers. sed his permittit prętor, tamen ipso iure remanet, sine dubio hæres. l. i. §. qui sunt in potestate. ff. si quis omis. cau. testa. Et suitas non est nisi unius gradus capax, ut Doc. fatentur.

Stet ergo firma conclusio hæc, ex communi Doctorum sententia, uidelicet, Nec olim, nec hodie in suis hæredibus datur succes

ſorio edicto locus, hoc eſt, ut excluſis filijs in primo gradu, admittantur nepotes, ut ſui hæredes, Ratio eſt, quòd nepotes nunquã exiſtunt ſui hæredes, niſi uiuente auo, filij deſinant eſſe ſui hæredes. d. §. ita demum.

Ex his ſatis conſtat, ſecundum ſcribentes, nepotem non potuiſſe auo iure ciuili, ex capite ſuitatis ſuccedere. Subdunt deinde, nec ut agnatus, legitimo iure ſuccedere poterat, licet enim ipſe nepos eſſet agnatus auo. §. i. inſti. de legi. agna. ſucceſſ. tamen cum tempore mortis aui, pater nepotis eſſet proximior agnatus, erat enim in primo gradu, non poterat nepos uti agnatus proximior ſuccedere. §. ſi plures. Inſti. de legi. agna. ſucceſſ.

Si igitur pater nepotis erat proximior, conſequens eſt, nepotẽ non potuiſſe agnationis iure admitti.

Nec obſtat, ſi quiſpiam dicat, ſi pater nepotis non adiuit hæreditatem, id quod perinde eſt ac ſi fuiſſet excluſus, Debebat nepos per ſucceſſorium edictum, ut ſequens agnatus admitti. Ad hoc reſpondent Doc. affirmantes tempore, l. qui ſe patris, inter agnatos ſucceſſorio edicto locum nõ fuiſſe, ita ut excluſo primo agnato, ſequens admitteretur. l. poſt conſanguineos in prin. ff. de ſuis & legiti. hæred. & d. §. placebat in prin. excluſo enim primo agnato, admittebatur Fiſcus.

Ex his concludunt Doctores, tempore legis qui ſe patris, et in eius terminis, nepotem iure ciuili non potuiſſe habere aui hæreditatem, ſi negabat ſe patris ſui hæredem, non enim ut ſuus hæres, nec ut agnatus, ut ipſi aiunt, de iure ciuili, id facere poterat, nec ẽt ut cognatus, cognati enim iure ciuili non admittebantur. Inſti. de ſucceſſio. cogna. Nec iure ciuili ſunt alij ab inteſtato ſuccedẽdi modi. Sequitur itaq; à partium enumeratione, nepotem ipſũ non potuiſſe iure ciuili aui facultates ſuſcipere.

Lege quiſe patris nepos nó poterat ſuccedere iure ciuili ſecundum Doc.

Hanc ob cauſam Imperator in. d. l. qui ſe patris, ait nepotem dumtaxat iure prætorio poſſe aui hæreditatem conſequi. Et hæc eſt omnium ferè ſcribentium opinio.

At huiuſmodi communis intelligentia, mihi ſemper diſplicuit. Quamobrem, aliam excogitaui, quam deinde ſubdam. Sed prius communis hic intellectus reijciendus eſt, ut igitur hoc fiat.

Hanc concluſionem teneo: uidelicet.

In terminis d. l. qui ſe patris, nepos poterat auo ſuo iure ciuili ſuccedere. Hac propoſita, ſequitur altera, ſcilicet.

Intellectus cõmunis ad eam legem, non eſt bonus.

Oſtendendum eſt igitur, nepotem iure ciuili potuiſſe auo ſuc-

cederet: id quod ut arbitror facilè fiet ,si leges sincerè uelimus intelligere. Audi igitur, Doctores dicunt , nepotem in ea lege,nō potuisse auo,ut suum hæredem succedere,uerum aiunt,ipsisq; libenter in hoc assentior .

Sed dum deinde subdunt,nec ut agnatum potuisse id facere ab ipsis proculdubio dissideo : Ausimq; dicere , eos in hoc errasse.

Et pro ueritate sciendum est,hæreditatem alicuius,primum deferri suis hæredibus. Insti.de hæred. quæ abintes. defe. deinde agnatis. Insti. de legi. agnato. successio. vbi Imperator in hæc uerba loquitur,si nemo suus extat,tunc ex .l. duodecim tabularum ad agnatum proximum hæreditas pertinet.

Hoc igitur posito,quæro ab illis,aut hæreditas filio, hoc est patri nepotis in.d.l.qui se patris,ut suo hæredi,& agnato simul aut ut suo hæredi dumtaxat,delata fuit. Si dicerent delatam esse ut suo hæredi,& agnato simul,apertè dicent contra tex.de legi. agna. succes. in prin. Insti.ibi enim dicitur, si nemo suus hæres extat,tunc hæreditas pertinet ad proximiorem agnatum ,nota dictionem tunc,qua temporis extremum significatur.l.iij.ff.de con di. & demonstra.

Ex quibus uerbis apparet,hæreditatem non deferri agnato,nisi suo hærede penitus excluso,& licet in filium in potestate,duæ concurrant qualitates, suitas uidelicet,& agnatio, tamen ea quæ potentior est , præfertur , arg. l. Quæritur .ff. de stat. homin. & apertè id ostendit.l.i.§. sed uidendum.ff.de succes. edic. Vbi filius exclusus à capite unde liberi,ipse met ex capite unde legitimi succedit.

Apparet igitur,clarè ibi non concurrere simul has qualitates , uidelicet unde liberi,& unde legitimi, nec hæreditatem simul alicui,ut suo hæredi,& ut agnato deferri,alioquin efficeretur, ut filius exclusus ab uno capite,esset etiā ab altero exclusus,id quod nequaquam recipiendum est.d.§. sed uidendum. Hereditas nō deferri filio ut suo & agnato simul

Et ex his uerè concludi potest,hæreditatem filio, ut suo hæredi, & ut agnato, simul minime deferri .

At si Doctores dicant,hæreditatem prius filio , ut suo hæredi dumtaxat deferri,ut conclusum est, tunc ab eis quæram : Quam obrem non potest nepos iure ciuili,ut agnatus admitti, cum iure ciuili,si non extant sui hæredes,proximior agnatus sine dubio, uocetur. Insti. de legi. agna . succes.in prin.

Et proximior consideratur tempore quo hæreditas defertur, .l. scripto.ff. und.libe.&.§.proximus.Insti. de legiti.agna.suc.

& nepos in.d.l. qui se patris, erat proximior tempore, quo delata fuit ad agnatos legitima hæreditas, deferri enim non potuit ad agnatos, nisi post mortem patris, patris inquam nepotis, ante autem ut supra conclusum est filio, ut suo hæredi, dumtaxat delata fuerat.

Potuit itaq; nepos ex lege duodecim tabularum habere aui hæreditatem, illa enim lex si suus hæres non extat, proximiorem uocat agnatum: Ait enim agnatus proximus, familiam habeto .l. pronunciatio ff. de uerb. & rer. signi. Sed nepos, ut dictum est, eo tempore erat proximior agnatus, tempore inquam quo delata est hæreditas aui ad agnatos, ergo ut agnatus iure ciuili admitti poterat.

Sed uidetur obstare, nam pater etiã erat agnatus & filius, hoc est nepos erat etiam agnatus, ergo nepos ut agnatus succedere nõ poterat, quoniam eo tempore inter agnatos, successorio edicto locus non dabatur. d. §. placebat.

Sed hoc minime obstat, fateor enim inter agnatos, non habuisse locũ successorium edictũ, hoc est, ut excluso primo agnato, admitterentur sequentes. Sed in casu proposito, à capite agnationis exclusus est nemo, si quidem patri nepotis, ut dictum est, delata erat hæreditas, ut suo hæredi dumtaxat, non autem ut agnato. Quamobrem post eius mortem agnationis caput intactum reperiebatur, & eo tempore nepos erat proximior agnatus. Poterat igitur iure ciuili, ut proximior agnatus aui hæreditatem suscipere.

lege qui se patris nepos poterat succedere auo iure ciuili ut proximior agnatus

Sed dicet aliquis subtiliori fortasse ingenio, uerum esse, post suos hæredes, uocari agnatos, quando sui hæredes tempore mortis non extant, hoc est non uiuunt, & ita procedat tex. Insti. de legi. agna. succes. & .l. i. §. post consanguineos. ff. de suis & legiti. hæred.

At si tempore mortis, sui extant hęredes, ut in casu nostro, nõ possunt agnati succedere, eam ob causam quia sui etiam si abstineant sunt hæredes. l. i. §. qui sunt in potestate. ff. si quis omiss. cau. testa. Et ideo si diceremus, excluso filio, quia abstinuit, & mortuus est, nec adita nec repudiata hæreditate, agnatos admitti, sequeretur duos esse, eodem iure insolidum hæredes, quod esse minime potest, l. quod contra. §, uni duo. ff. de regu. iur.

Sed hæc facile reijci possunt, & primum dum dicebatur ita demum admitti agnatos, si sui hæredes non extant. si exponas non extant, hoc est non uiuunt, falsò expones, non enim simpliciter

Imperator dicit, si nemo liberorum extat, sed addit, si nemo suus hæres existat, hoc est si nemo liberorum est hæres: Necesse est igitur filium extare, & amplecti hæreditatem, adhoc ut agnatus excludatur, ita dicit glos. Inst. de leg. ag. suc. in uers. extat, alioquin si extaret, & hæreditati minimè se immisceret, non obstaret quo minus agnatis iure ciuili, legitima deferreretur hæreditas .l.ij.§. sed si sint ff. ad Tertull.

Heres suus ad hoc ut excludat agnatum requiritur ut se immisceat se hereditati

Quod autem hoc sit uerum apertè ostenditur in .l.i.§. sed uidendum ff. de succ. edic. Vbi filius suus hæres extabat, hoc est uiuebat, & exclusus à capite unde liberi, potest ipsemet ut agnatus succedere, non igitur sufficit, suum hæredem uiuere, sed necesse est, ut se hæreditati immisceat, nudum enim sui hæredis nomẽ, non est impedimento, quo minus hæreditas ad agnatos deferatur. d. §. sed si sint.

Præterea, nec obstat, dum aiunt, si ita esset, duo hæredes insolidum iureciuili existerent, Ad hoc enim respõdeo, duos non posse nomine & re, insolidum iure ciuili esse hæredes: & ita loquitur. d. § uni duo, sed ut unus nudo nomine, alter uerò re, & nomine sit hæres, nihil est quod prohibeat. id quod manifestissime ostendit, bona lex defunctis. C. de legi. hær. Quæ (ut doct. aiunt) fuit de farina Bar. ibi enim duo clarè probantur, unum, hoc ipsũ uidelicet est, quod existente, hoc est uiuente suo hærede atque abstinente, sequentes agnatos iure ciuili admitti posse.

Duo possunt esse heredes in solidum unus noie tantum alter uero re & nomine

Alterum item hoc est duos iure ciuili posse insolidum fieri hæredes, id est suum hæredem ratione suitatis, nudo tamen nomine re & nomine simul, quo fit ut hæres suo nomine, non sit impedimẽto, quo minus agnatus possit iure ciuili succedere, ex illa ergo lege quæ fuit multo ante quam lex qui se patris, clarè constat, ueram esse meam conclusionem paulo ante formatam uidelicet.

In .l. qui se patris, nepos poterat iure ciuili. ut agnatus aui hæreditatem, patre suo mortuo abstinente, accipere.

Et quia. d. l. defunctis clarè probat hanc nostram conclusionẽ, quę est contra scribentium opinionem, hanc ob causam illam refellere uarijsmodis nituntur. Et in primis Bal. in .l. qui se patris ait, si illa lex defunctis, ita intelligeretur, totum mundum destrueret, quamobrem intelligenda est secundum legem qui se patris, uidelicet, ut agnati ibi iure prætorio non autem ciuili admittantur.

Sed hæc Bal. responsio diuinat, & est contra illum titulum, in quo de successione ciuili non autem de prætoria agitur. id quod

Bal. animaduertens, alio modo in. d. l. defunctis respondet, ait. n. filium ibi abstinuisse, eo quod pater abstinendi facultatem ei concesserat, quamobcausam erat uoluntarius hæres qui nisi adeat nullo modo est hæres, & si non est hæres iure admittuntur agnati. & ista hæc responsio plusquam superior diuinat, id quod fieri non licet. Aut. de imperfect. test. in prin.

Alex. responsio

Reiecto itaque Bal. succedit Alex. dicens, legem defunctis, loqui in transuersalibus. quamobrem ad descendentes non est extendenda. Hæc Alexand. responsio multis non placet, nec mihi quidem, si enim transuersalibus conceditur, quamobrem descendentibus hoc concedi non debeat, profectò diuersitatis ratio reddi non potest. arg. l. posthumi de iniust. rup. test. l. illud. ff. ad. l. Aquil.

Ias. responsio

Postremo Ias. in d. l. qui se patris dicit. l. defunctis, locũ habere, quando suus hęres abstinuit uel repudiauit, quo facto non est, impedimento, quo minus agnatus iure ciuili succedat. Ratio est secundum eum, nam ex quo suus hęres iure abstinuit, nudum illud hęredis nomen, quod ob suitatem restat, non debet obesse quin alius iure ciuili admittatur. d. §. sed si sint sui. sed. l. qui se patris inquit ipse, loquitur de patre nepotis, qui aui hęreditatem nec adiuit nec repudiauit, quo casu, nepos ipse non admittitur, nisi iuris prętorij ęquitate, & subdit hãc esse ueritatem, hęc ille.

Sed hęc sua interpretatio facilius quàm superiores rejci potest est enim falsa, & à falso cito discrepat uerum. Arist. i. Eth.

Audi igitur, quid ipse uelit, ait enim in. l. defunctis suum hęredem abstinuisse seu repudiasse, in. l. uerò qui se patris, nec adiuisse hæreditatem, nec repudiasse, bone Deus, quid enim aliud est dicere, nec adiuisse, nec repudiasse, quàm abstinuisse.

Cõclusio l. defunctis

Ex his satis constat in. d. l. defunctis, clarè probari conclusionem hanc uidelicet. Existentibus atque abstinentibus suis hæredibus, agnati iure ciuili admittuntur.

Patet etiam in. l. defunctis, non probari inter agnatos habere locum successorium edictum, sed hoc tantum inde colligitur uidelicet ex capite liberorum, in caput agnatorum successorio edicto locum esse, id quod clare probari potest, ex ijs quę supradicta sunt, dum communem intellectum ad. l. qui se patris reprobaui, ibi uideto.

Caput ĩ successorio edicto

Pręterea non est omittendum, successorium edictum duobus modis locum habere, de capite scilicet in caput, & de gradu in gradum. Est enim caput digressio quædam ex liberis in agnatos,

& ex agnatis in cognatos, capita autẽ sunt quatuor .l.i. in prin. ,ff.si tab.test.nul.exta. Gradus uerò est dinumeratio in eadem linea per superius & inferius. Ita Bal.in rub. C.de succes. edic.

Non est omittendum, in una persona posse plura capita locũ habere, potest enim filius ex capite unde liberi succedere, à quo exclusus, poterit ex capite unde agnati idem facere, si nemo ex liberis existat, qui eum excludat, & item ex hoc exclusus, ex capite unde cognati ipse idem admitti poterit. In una persona posse habere locum plura capita

Confirmo itaq; in.d.l. defunctis, non habere locum successorium edictum ex gradu in gradũ, hoc est ut excluso primo agnato alius admittatur, ibi enim nemo, ut agnatos à capite agnationis exclusus est, sed solum filius ex capite unde liberi, seu suitatis erat exclusus. Ibi enim filius repudiauit uel abstinuit, quamobrem ut suus hęres à capite suitatis, non autem ut agnatus à capite agnationis exclusus fuit: poterat igitur alius ex capite agnationis, à quo nemo exclusus erat, iure ciuili meritò succedere, ut supra demõstratum est.

Stet ergo firma conclusio hęc.l.defunctis. C.de leg.hęred. nõ probat successorium edictum, inter agnatos ex gradu in gradum locum habere. hæc obiter dicta sunt.

Redeo iam ad rem propositam uidelicet ad.l.qui se patris, ex qua firmauimus hanc conclusionem uidelicet.

In terminis.l.qui se patris, nepos poterat iure ciuili suo auo succedere.

Contra hanc hoc modo arguitur. dictio nisi, quando orationi adiungitur negatiuę, quicquid post se inuenit ui sua confirmat, quod uerò eam pręcedit omnino destruit. Ita scribentes in.l.actione.C.de transac. At in.l. qui se patris. ita scriptum est. Nepos nõ potest aui facultates suscipere, nisi per bonorũ possessionẽ, &c.

Vides quemadmodum dictio nisi, ibi orationi negatiuę adiũcta est. quamobrem omnem iurisciuilis successionem omnino remouet, successionem uerò quę fit iure pręorio cõcedit, nõ est igitur uera conclusio supra firmata.

Sed huiusmodi argumentum, conclusioni supra firmatę minime obstat. licet sit uerum, habeatq; locum in casu.d.l. qui se patris, in qua Imperator non decidit, nepotem non posse succedere auo suo, ut proximiorem agnatum, Nam ut supra demonstratum est. Excluso patre, ut suo hęrede, seu ex capite unde liberi, nepos ut agnatus iure ciuili admitti poterat, & hoc non negat .d.l. qui se patris. Quæ secundum nostram nouam declarationem, quæ in

sra subijcietur, hoc solum ponit, uidelicet, an Aui facultates possint à patris hæreditate separari, & nepoti qui negabat se patris hæredem concedi, Imperator decidit, hoc iure ciuili fieri nõ posse, sed iure dumtaxat prætorio. Ratio diuersitatis infra in nostra declaratione reddetur, & in hoc procedit argumentum.

Fuit præterea, ex communi opinione supra conclusum patrē nepotis mortuum fuisse, nec adita, nec repudiata patris sui hæreditate, cui conclusioni maxima obijcitur difficultas, ea quidem, talis est.

Si pater, nec adita nec repudiata hæreditate obijt, non est dubium quin iure suitatis, illam hæreditatem ad eum qui sibi extiterit hæres, etiam si sit extraneus transmiserit .l. apud hostes. C. de suis & legi. hæred. Bar. in. l. si infanti. C. de iur. delib.

Quonam igitur pacto, si nepos negat se patris hæredem, poterit habere aui hæreditatem, iure suitatis transmissam ad eum, puta fratrem, qui patris aditurus est hæreditatem, cum is, ad quem transmittitur hæreditas, sine dubio præferatur alijs. l. ij. §. si quis ex liberis .ff. ad Trebel. Si præfertur alijs, ergo & nepoti, qui uult, ut agnatus per successorium edictum auo succedere. Ius enim adeundæ hæreditatis, iure suitatis transmissum, potentius est successorio edicto uincit enim ius accrescendi. l. i. C. de his qui ante aper. tabul. Ius autem accrescendi sine dubio successorio edicto anteponitur. not. Doc. in. l. prima. C. quando non peten. par.

Hanc igitur difficultatem animaduertens Bar. in. d. l. qui se patris, dicebat nepotem, ita demũ admitti, si hæres patris, puta eius frater, repudiasset aui hæreditatem ad se transmissam, quæ ita repudiata poterit à nepote sine controuersia suscipi. Et hanc Bar. responsionem, sequuntur omnes ferè Doctores, ut refert Alex. in .d. l. qui se patris in x. col. quæ mihi minime placet: Diuinat enim, ab hærede patris, repudiatam esse Aui hæreditatem, diuinare autem non licet. Aut. de imperfec. testa.

Præterea non possum adduci, ut credam hæredem illum patris nepotis tam opulentas aui facultates repudiasse, nec est præsumendum. l. cum de indebito. C. de proba. Remanet itaque ea difficultas, quamobrem alij, alijs modis enituntur eam dissoluere, sed quia partim alius ab alio reprobatur, partimque ad specialia recurritur. Hanc ob causam, diu cogitaui, quonam pacto, ea difficultas tolli posset, tandem Dei gratia, inueni ut arbitror uiam, qua facile dissoluatur.

Pro

Pro huius rei intelligentia præmittendum est, parentum succes sionem, ratione naturali, liberis debitam esse. l. cum ratio. ff. de bon. damna. l. scripto §. fin. ff. unde legit. Propter quod, & iure ciuili suorum hæredum nomen eis indultum est. d. l. cum ratio. Non enim successio est debita, eo ꝙ sui sint hæredes, sed è contrario, quia successio iure naturæ liberis est debita, suorum hæredum nomen à iure ciuili indultum est. Successio parentum è debita iure naturæ filiis

Item ea successio non solum filijs, sed successiue etiam nepotibus debita est, id quod aperte demonstrat Imperator in l. unica. C. de his qui ante aper. tabul. vbi hæreditatem iure sanguinis transmissam, possunt nepotes tanquam debitam uendicare, si uendicant, ergo sunt domini. l. in rem. ff. de rei uendica.

Nec dicat quispiam ideo uendicant, quia transmissa est, non enim transmissa est, ut adita, sed ut adeunda. l. si quis filiumfamilias & ibi Bar. ff. de acquir. hæred. si igitur est à nepotibus adeunda: ergo iura, & consequenter dominia, in ipsos non transierunt. l. cum hæredes. ff. de acqui. posses. Non igitur ob transmissionem, ibi uendicãt, sed quia, iure naturæ eis est debita, & consequenter sunt quasi domini. l. in suis de libe. & posth. ff.

Item prætermittendum non est, duplex esse dominium, unum scilicet uniuersale, alterum particulare: exempli causa, Imperator uniuersale totius mundi dominium habet. l. deprecatio. ff. ad. l. rhod. de iac. Alij uerò habent singularum rerum dominia, hæc duo dominia inter se pugnantiam non habent, sicut nec genus, et species. De hoc supra in declaratione. cvi. Dominium duplex uniuersale & particulare

CIX. Declaratio, ꝙ dominium unum est ciuile alterum naturale, seu iurisgentium.

RVRSVS dominium, quoddam est ciuile, quoddam naturale, seu iurisgentium, ciuile quidem potest sine naturali apprehensione, sineque corporis instrumento acquiri. l. à Titio. ff. de fur. l. fi. C. de sacr. sanc. eccle. Naturale uero sine apprehensione, sineq́ corporis instrumento acquiri minime potest. l. traditionibus. C. de pact. tot. tit. de rer. diuis. Insti.

Hoc clarè in legato constat, legato enim fundo, statim sine aliqua apprehensione, à morte testatoris, uel saltem ab adita hæreditate, dominiũ, recta uia in legatariũ transit. d. l. à Titio ff. de fur.

Dominium inquam ciuile, propter quod legatario, competit rei uendicatio, quæ soli domino datur .l. in rem .ff. de rei uend. Dominium uerò naturale remanet penes hæredem, hāc ob causā competit legatario, personalis actio, quæ ad aliquid dandum, faciendumue datur. Insti. de actio. §. i. competit igitur ad dandū fundum, nō quo ad dominium ciuile, quod habet, cum res sua, eo modo, quo sua est, amplius sua fieri non possit. §. sic itaq; discretis. Insti. de actio. sed quo ad dominium naturale, quod penes hæredem remansit. Datur etiam legatario hypothecaria pro fundo ipso legato, ut alias diximus.

Legatario cōpetit hypothecaria ad rem legatam

Ex quo satis constat, nōn omne dominium translatum esse in legatarium, cum pignus rei suæ non queat cōsistere. l. neq; pignus .ff. de regu. iur. Competit igitur hypothecaria ratione dominij naturalis, quod in ipsum sine traditione, seu corporis apprehensione non transit.

Et licet scribentes dicant legatario in alijs rebus defuncti dari hypothecaria: tamen hoc esse falsum ostendit Imperator in. §. nostra. Insti. de lega. cuius hæc sunt uerba, liceat legatarijs id, hoc est, rem legatam persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & hypothecariam. Potest itaq; legatarius per hypothecariam consequi id quod legatum est. Si potest id, per hypothecariam consequi, necessario sequitur, hypothecariam pro re legata competere,

Legatario quomodo cōpetit rei uend. pro re legata & hypothecaria pro eadem re.

Si pro re legata, ergo non erat legatarij d. l. neq; pignus. Si nō erat legatarij quonammodo legatarius habet in rem actionē, quæ dumtaxat domino competit. d. l. in rem. Necessario igitur dicendum est, dominium, alterum esse ciuile, naturale alterum. Et quia ciuile, mortuo testatore, fictè, adita uerò hæreditate in legatarium uerè transiuit. Hanc ob causam ei, in rem actio competit, naturale autem penes hæredem remansit: idcirco & personalis, & hypothecaria actio legatario datur. Hæc obiter dicta sint.

Ex quibus facilè colligitur. Dominium alterum ciuile, alterū naturale existere. Quemadmodum dicimus alteram obligationem ciuilem, alteram naturalem, not. Insti. de oblig. in prin. Quod autem sit dominium, alterum naturale, ciuile alterum, aperte patet in. l. in rebus. C. de iur. dot. ubi fundi dotalis dominium ciuile transit in maritum, dominium uerò naturale, penes uxorē remanere, Imperator affirmat. Ibi enim Imperator in hæc uerba ait, cum eædem res, & ab initio uxoris fuerant, & naturaliter in eius permanserunt dominio, non enim q; legum subtilitate transi-

tus earum in patrimonium mariti uideatur fieri :ideo rei ueritas deleta, & confusa est, hæc Imperator ad uerbum.

Possetne clarius Imperator demonstrare, dominiũ esse duplex ciuile scilicet, quod legum subtilitate in mariti patrimonium trãsit, & naturale, quod re uera in dominio uxoris remanet. Satis igitur ex his constat, dominium & ciuile, & naturale, hoc ẽ iurisgentium reperiri.

CX. Declaratio quod hæreditas una est, iure ciuili, altera iure gentium.

ITEM præmitto duplicem esse hæreditatem, unam scilicet iure ciuili: alteram iure gentium, qui habet ciuilem tantum, habet dumtaxat uniuersum illud ius defuncti, cum hæreditas sit successio in uniuersum ius, ꝙ defunctus habuit. l. nihil ẽ aliud. ff. de uer. sig. Non tamen habebit rerum singularium dominium: erit igitur in nudo nomine hæres. l. ij. §. sed si sint. ff. ad Tertul. Hereditas duplex ciuilis una: altera iurisgẽtium

Quod autem iure gentium sit hæreditas, sine lege id tibi facilè persuadere potes, nam antequam essent ciuitates, & consequenter antequam esset ius ciuile, erant rerum dominia, quæ iuregentiũ introducta sunt. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur Habebant igitur homines eo iure dominia, & bona, antequam esset ius ciuile, & eo etiam tempore, quum ad huc non erant leges homines moriebantur. Hanc ob rem ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, liberos ad debitam parentum hæreditatem uocabat. d. l. cum ratio. ff. de bon. dam.

Erat igitur iure gentium hæreditas, quæ erat liberis debita. Eo igitur iure Isaac Abraham patri suo, Iacob autem Isaac successit, & sic alij alijs, ut legitur in ueteri testamento. Si igitur ratio naturalis liberos, ad parentum hæreditatem uocabat. d. l. cum ratio sequitur, hæreditatem iuregentium fuisse, ratio naturalis, ius gentium apud omnes gentes constituit. §. ius autem Insti. de iur. natu. gen. & ciuil.

Et ex his facilè constat, duplicem esse hæreditatem unam ciuilem, naturalem alteram. Preterea testamentum erat iure naturali, ut not. Bar. in. l. interdum. ff. de condi. indeb. Ergo & hæredi-

tas sine qua testamentum esse non potest. §. ante Insti. de lega.

Hereditatis trāsmissio duplex

Et quemadmodum duplex est hæreditas, ita duplex est hæreditatis transmissio, una quæ fit iure suitatis etiam ad extraneos. l. apud hostes. C. de suis & legit. hæred. Et quemadmodum suitas est iure ciuili introducta. d. l. cum ratio. Ita & transmissio, quæ ob eam fit, est ciuilis, causa enim effectum sibi similem producit. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur.

Is igitur ad quem fit huiusmodi transmissio, si non adeat hæreditatem, habebit solum illud uniuersum ius, eritque nudo nomine hæres. d. §. sed si sint.

Transmissio iure sāguinis est naturalis

Altera est transmissio naturalis, quæ fit iure sanguinis, qua parentum hæreditas in descendentes, quasi naturali ratione debita, transmittitur. l. unica. C. de his qui ante aper. tabu. & d. l. cum ratio.

His præmissis, venio ad propositam difficultatem, in qua dicebatur, si nepos negat se patris hæredem, quo nam pacto poterit aui facultates suscipere, cum illæ, iure suitatis in eum, qui erit patris hæres transmissæ fuerint: Ad hoc dicito, Hæreditatem aui, prout est iuris ciuilis, iure suitatis trāsmissam esse in eum qui erit hæres patris nepotis, sit licet extraneus. At, ut est iuris gentium, transmissa est, iure sanguinis in nepotem, cui iure naturæ debita erat. d. l. cum ratio.

Hanc autem naturalem transmissionem, ciuilis transmissio, quę iure suitatis fit, impedire minime potuit, ciuilis enim ratio, ciuilia tollere potest, naturalia utique non. §. ft. Insti. de legi. agnat. tutel. si itaque nepos, & ille patris hæres utpute fr̄ simul uelint aui facultates accipere, præferendus est nepos, tum quod ei iure naturæ aui hæreditas debita est, tum etiam quod iure sanguinis in eum transmissa est, præferendus est inquam ei: in quem licet facta fuerit dūtaxat ciuilis transmissio, tamen ei iure naturæ non est debita hæreditas, duo enim uincula magis stringunt. Aut. itaque. C. communia de success. Vendicabit igitur nepos aui hæreditatem sibi debitam, à quocunque possidente. d. l. unica. C. de his qui an. ap. tab. in uer. sibi tanquam debitam uendicare.

Et ex his arbitror sublatam esse difficultatem. Sed quia supra dictum est aui hæreditatem ordine naturæ etiam nepoti debitam esse, posset quispiam dicere, si nepoti, quemadmodum & filio debetur, quam ob causam nepos potest pręteriri, filius uerò minime. Inst. de exhæred. lib. §. posthumorum.

Dicas rationem, quamobrem filius non possit præteriri, eam ee, ꝙ pro forma inductum est, ut suus hæres uel instituatur, uel nominatim exhæredetur, ita dicit Christo. in Insti. de ex hæred. liber. in prin. Causa autem huius formæ inducendæ fuit, ut inquit ipse suitas, hæc autem uiuente filio, in nepote non est. Quare cessante causa, cessat effectus .l. generaliter .C. de Episcop. & Cler. non tamen sequitur, nepos non est suus hæres, ergo aui hæreditas ei iure naturæ debita non est, cum prius fuerit hæreditas ratione naturali ei debita, quam suitas inuenta fuerit. d. l. cum ratio. Cum igitur nepos non sit suus, non est mirum si præteriri potest. Cessante causa cessat effectus

Rursus si quæratur quamobrem nepos cui iure naturæ, ut dictum est, debita est hæreditas, estque in aui potestate. §. ius autem Insti. de patr. potest. quamobrem inquam non est suus hæres.

Respondetur quemadmodum domus constat ex tribus, uidelicet solo, tecto, & pariete, quorum unum si deficiat nō est domus .l. eum qui ædes. ff. de usucap. & ibi not.

Ita suitas ex tribus integrantibus partibus constat, quæ simul ei, qui suus hæres futurus est, adesse debent. Suitas ex quibus partibus constat

Prima est, ut ille sit in potestate.

Secunda ut in primo sit gradu.

Tertia ut bona parentum sint ei debita.

Probat hæc. §. posthumorum. Insti. de exhæred. lib. §. sui de hæred. qual. & diff. & d. l. cum ratio. ff. de bon. damn. ex his tribus partibus si una deficiat, non est quis hæres suus. Quocirca licet nepos sit in potestate, eiꝙ bona aui natura debeantur, tamen cum non sit in primo gradu, suus hæres esse non potest. d. §. posthumorum. Suitas enim, ut dicit Iason in d. l. qui se patris est adeo nobilis, ut non queat nisi unum gradum contineri, si igitur nepos non est suus hæres, merito præteriri potest. Nepos quare nō est suus heres uiuo filio

Rursus si quæras quam ob causam est inductum, ut potius sit suus hæres is, qui est in primo gradu, quàm is qui in secundo existit. Respondetur hoc esse iure legitimo inductum, quod à principio, nihil refert sic an non sic se habeat, sed ubi positum est, mirum in modum refert. Arist. v. Eth. Et ita responderi potest, quęrenti cur in codicillis quinꝙ & nō quatuor testes, & in testamēto septem & non octo adhibendi sint. & in mille aliīs.

Sed huic nostræ opinioni hoc est nepoti debitam esse aui hæreditatem, obiicitur l. in suis. ff. de lib. & posth. Ibi enim dicitur in suis hæredibus fieri continuationem dominij: quasi olim

domini essent cum uiuo patre, quodammodo domini existimarentur. sed in nepote non continuatur dominium, non est igitur quasi dominus, si non est quasi dominus, non est igitur ei debita hæreditas.

Ad hoc dicito, in filium ob suitatem, quæ est iuris ciuilis, ciuile dumtaxat dominium continuari, dominium uerò iure gentiũ & consequenter ratione naturali inductum, ob suitatem minimè continuatur, sed per naturalem aliquem actum, instrumento corporis interueniente, acquiritur, utputa per bonorum administrationem. d. l. in suis. Cum igitur nepos non sit suus meritò ciuile dominium in eum non continuatur, neq; ob id sequitur, nepos non est suus, ergo bona aui non sunt ei debita, quippe cum bona matris sint debita filijs. l. scripto. §. fin. ff. unde liberi. & tamen non sunt sui. §. cæteri. Inst. de hæred. qual. & diff. nec in eis fit illa dominij continuatio.

Sed dicet quispiam, si nepoti bona aui, sicuti & filio debentur, quamobrem non succedit simul cum filio. Dicas duplici iure filio deberi bona, naturali scilicet & ciuili, nepoti uerò dũtaxat naturali. hanc ob causam filius præfertur, cum duo iura uno sint potentiora. arg. d. Aut. itaq;. C. communia de success.

Rursus obijcietur, si nepoti debita est hæreditas, ergo est quasi dominus, & filius hoc est pater nepotis, est suus hæres & consequenter quasi dominus. d. l. in suis. ff. de lib. & posth. & ita duo sunt domini insólidum, id quod fieri non potest, l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod.

Ad hoc dicendum est, nepotem & filium, esse quasi dominos, quemadmodum est pater & filius, sed in patre & filio hoc conceditur, ut. d. l. in suis, ergo & in filio & nepote concedendum est, quamobrem concedendum hoc sit, ratio reddetur in declaratione suitatis.

Conclusio Ex supradictis collige has conclusiones uidelicet,

In terminis. d. l. qui se patris, nepos poterat iure ciuili auo suo succedere.

Item nepos non est impedimento, quominus pater transmittat hæreditatem iure suitatis in hæredem extraneum.

Item nepos in quem hæreditas aui, iure naturæ sibi debita, iure sanguinis transmissa est, præfertur ei in quem iure suitatis tantum transmissa est.

Sed huic ultimæ conclusioni, uidetur aduersari. l. ij. §. si quis ex liberis, in uerbo, si non suus patri agnascitur, ff. ad Tertullia.

Vbi ea in quam hęreditas iure suitatis transmissa est excludit matrem, cui debetur hæreditas ex filij successione: sed hoc facile tolli potest, & est animaduertendum, ibi mortuum esse Seium filium, relicta Portia matre, & Iulia uxore prægnante, ex qua natus est posthumus, qui deinde mortuus est, relicta Iulia eius matre, quærebatur cuinam Seii hæreditas iure ueniret, Portiæ ne eius matri cui scilicet matri iure debebatur l. nam & si parentibus. ff. de inoffic test. & per senatuscons. Orfic. filio succedere poterat, an Iuliæ matri posthumi, in quam iure suitatis a posthumo transmissa est.

Respondetur, Iuliæ eam hæreditatem uenire, ex quo apparet eam, in quam iure suitatis hæreditas transmissa est, præferri Portiæ, cui eadem hæreditas debebatur.

Sed tu responde, diuersam esse inter matrem & nepotem rationem, matri enim filii hæreditas, iure naturæ minimè debetur, sed ratione miserationis. l. scripto. §. fin. ff. unde liber. nec in eam aliquo iure, ea hæreditas transmissa est. Non est igitur mirum, si Iulia posthumi mater in quam iure suitatis, ea hæreditas transmissa erat ipsi Portiæ præferatur. At in casu de quo agitur, nepoti hæreditas aui, & parentum uoto, & iure naturæ debetur. d. l. scripto. §. fi. Et in eum iure sanguinis transmissa erat, meritò igitur præferendus est ei, in quem iure suitatis dumtaxat transmissa erat hęreditas, quæ nullo iure ei debebatur.

CXI. Declaratio l. scripto. ff. unde liberi.

NON est omittendum, id quod obijci solet conclusioni supra firmatę. Dicebamus enim nepotem iureciuili potuisse auo suo in terminis. l. qui se patris ut agnatum succedere. Obiectio hoc modo duci solet. Certum est ex communi omnium opinione, nepotem in illis terminis non potuisse auo, ut suum succedere, & qui non admittitur ut suus, nec ut agnatus iureciuili admittitur. d. l. scripto. falsa est igitur conclusio.

Sed tu responde hanc consequentiam in eo tex. minimè probari quæ procul dubio falsa est: non enim sequitur, quis non admittitur ut suus hæres, ergo nec ut agnatus: frater enim non admittitur ut suus hæres, & tamen ut agnatus sine dubio admittitur, ut in mille legibus uidere licet.

Sed alia est ibi consequentia, quam sentit ibi glos. in uer. agnatus, & ut facile intelligatur.

Præmitto, patrem ibi extraneum instituisse hæredem, filium uerò exhęredem fecisse, qui filius deinde obijt, post cuius mortē hęres scriptus hęreditatem omisit.

Quęrebatur nunquid nepos ex filio exhęredato iam mortuo, posset auo suo hęres esse. Respondet Pomponius nepotem posse auo existere, & quidem suum hęredem, Occurrebat quispiam Pomponio affirmans nepotem nullo pacto posse auo, suum effici hæredem, propterea ꝙ primum gradum nūquam tenuit.

Respondet Pomponius, eum sine controuersia ut suum hæredem admitti, reddit rationem inquiens, cum ipse nepos fuerit in potestate, nec pater in ea successione eum pręuenit, cum post patris mortem, omittente hæreditatem, hęrede scripto successio delata fuerit. §. proximus Inst. de leg agn. succes. Et ad hoc probādum, in uersic. alioquin respondens aduersario, fateris, inquit, nepotem admitti, fateor ait ille, sed non ut suum hęredem, immo ait Pomponius, ut suus hęres admittitur, alioqui si non est suus hęres, & tu fateris eum esse hęredem, quonam iure hęres erit. potuisset aduersarius dicere agnationis iure, huic Pomponius occurrens ait, si non est suus hęres, sine dubio non est agnatus.

Pomponius itaꝗ hoc modo ducit argumentum, non est suus hęres, non est igitur agnatus, id quod in illis terminis rectè sequitur, dato enim hoc inconuenienti uidelicet, nepotem quem filius hoc est eius pater non præcessit, non esse hæredem suum, sequitur nec esse agnatum. Nō enim potest quis esse agnatus, quin sit suus hæres, si est in potestate, & nemo eum tempore, quo defertur hæreditas præcedit. Valet inquam hoc argumentum in illis terminis, non autem in alijs: Hoc indicant uerba Pomponij, ait enim aloquin si non suus hæres est, quo iure hæres erit, qui sine dubio non est agnatus, & profectò sicut falsum est, non esse suum hæredem, ita falsum est, non esse agnatum. Est igitur ut suus & agnatus, & hoc modo lex illa intellecta minime obstat.

Vltimò illi cōclusioni, in qua diximus interminis. l. qui se patris, potuisse nepotem auo, ut agnatum iure ciuili succedere: aduersari uidetur Imperator in. d. l. qui se patris, ait enim nepotem non posse suscipere Aui facultates, nisi beneficio prætoris, ergo non iure ciuili. Certè si illa lex intelligatur, ut Doc. intelligunt, nostram hanc conclusionem penitus destrueret. Sed alius est illius legis intellectus, & quidem nouus, qui modo subijcietur. Is

ita

ita est.

Homo quidam ab Imperatore quæsiuit, inquiens, serenissime Imperator uelim à te mihi declarari, quid in hoc casu responden dum sit, Auus quidam, filium & nepotem in potestate habens è uiuisque discedens copiosas reliquit facultates. Deinde filius facultates habens damnosas, nec adita, nec repudiata Aui, hoc est patris sui hæreditate, mortem obijt, quo casu post mortem patris statim suitatis iure in eum paternorum bonorum dominium con tinuatum est. l. in suis. ff. de lib. & posthu. Quam ob causam aui hæreditas, cũ illa filij iure ciuili iuncta, cæpit esse. l. sed si plures. §. filio. ff. de uul. & pupil. sub. Ob quam rem, nepos opulẽtas aui facultates, patris uerò obæratam hæreditatem uidens, eã repudiauit, quo facto, aui copiosas opes suscipere cupiebat, Quærebatur an posset, ad hoc respondens Imperator ait, iure ciuili minime hoc fieri posse, si quidem aui hæreditas iure suitatis, cum filij hæreditate prorsus iuncta est, & ita ex duabus una effecta est hæreditas. d. §, filio.

Lege quisque patris hæreditas aui & filii iure suitatis effecta est una.

Hanc ob causam, sicuti quis partem hæreditatis sibi delatæ acceptare, partemque repudiare non potest. l. i. & ij. ff. de acqui. hæred. ita nec iste nepos potest ex duabus hęreditatibus iure ciuili coniunctis, unam accipere, alteram repudiare, sunt enim ueluti partes. Duæ enim hæreditates, ut dictum est, in unam coierunt quamobrem iure ciuili quo iunctæ cæperunt esse, separari minime possunt. l. quidam eulogium. C. de iur. delib.

Tunc homo ille curiosus quærens ait, si iure ciuili hoc concedi non potest, nunquid saltem prætorio id fieri queat: hoc scilicet, ut nepos possit aui facultates à patris sui hæreditate separare, & patris hæreditatem repudiare, aui uerò facultates suscipere. Dubitationem faciebat, quod cum essent simul iunctæ, ut dictum est, uidebatur nec unam sine altera, etiam iure prætorio amplecti posse. d. l. sed si plures. §. filio ff. de uulg. & pupil. sub.

Ad hoc Imperator respondens ait, ad huiusmodi separationis beneficium, posse iure prætorio ueniri: Appellatur enim hic beneficium gratia illa ab Imperatore concessa, per quam potest nepos aui facultates à paternis separare, illasque suscipere, ad quod beneficium solum per bono pos. ueniri potest nõ est igitur beneficium bo. pos. sed differt tanquam uia, à loco ad quem ducit. nam licet iure ciuili, quædam illarum hæreditatum ciuilis coniũctio effecta sit, tamen prætor ob naturalem rationem, qua nepoti aui hæreditas debetur, ut supra sępius dictum est, dissoluens illã

Iure suitatis fit coniunctio hereditatis tantum ciuilis

iuris ciuilis hæreditatum coniunctionem, permittit à nepote posse patris hęreditatem repudiari, aui quidem facultates suscipi.

Pretor nō cōsiderat suitatem

Ratio quamobrem, hoc fieri concedatur, est quia prętorio iure non ita iunctæ sunt illæ hęreditates, prætor enim suitatem, qua coniunctio illa facta fuit, minime considerat.

Quod autem iure prætorio huiusmodi separatio fieri possit, apertè ostendit Iureconf. in. l. si filius qui patri. ff. de uulg. & pupil. sub. secūdum uerum & tutiorem intellectum, quem ibi refert Ias. & tenet Paul. á Castro, sequitur etiam Aretinus, ibi enim secundum eos, talis est casus.

Pater instituit impuberem filium, eiq; fratrem puberem pupillariter substituit, mortuo patre moritur deinde impubes, neq; adita, neq; repudiata patris hæreditate, quo casu ob suitatem iuncta est patris & filij hæreditas, ut diximus. At frater pubes, patris sui hæreditatem recusabat, fratris uerò hæreditatē (habebat enim bona aduentitia) maximopere optabat, dubitabatur an esset audiendus, Papinianus in hæc uerba respondet, Iustius ipsum prętorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit.

Pretor separat hereditates iure ciuili cōiunctas.

Ecce igitur quemadmodum lex illa probat intellectum nostrum ad. l. qui se patris. Parum enim altera, ab altera differt, quamobrem ex illa lege facilè colligitur ob æquitatem á prætore dumtaxat huiusmodi separationem fieri posse.

Hereditatis aditiōe fit realis cōiunctio.

Non obstat modo. d. §. filio, unde dubitandi ratio colligebatur, ibi enim separatio neutro iure conceditur, propterea q; facta erat per aditionem realis coniunctio, id quod non est in casu nostro, sæpius enim supra suppositum est, filium obijsse, nec adita, nec repudiata patris hæreditate, uel dici potest, ut ibi glos. sentit, in. d. §. filio non fuisse aliquam personam, cui hæreditas iure naturæ ab intestato debita esset. Quam ob causam, cessat naturalis æquitas, & consequenter prætoria dispositio, quæ sola mouetur æquitate, non obstat igitur. d. §. filio.

Erit igitur huiusmodi declaratio ad illam legem qui se patris profectò noua, secundum quam hoc dicat.

Quando aui, & patris, iure suitatis dumtaxat iunctæ sunt hęreditates, nepos licet posset auo iure ciuili succedere, tamen non potest eas, eo iure separare, sed solum prætorio iure, id fieri oportet: Confirmat hanc declarationem Imperator ibi, in uerbo suscipere, non enim dicit adire. Item in fine, dum dicit, ad huiusmo-

di beneficium, nam ſecundum communem intellectum, illa uerba ſunt ſuperflua.

Item ſecundum noſtram declarationem, illa uerba maxime Emãcipatus, ſtant propriè. Dictio enim maxime, ut ibi Doc. notãt ponit caſum minus dubitabilem, & includit magis dubitabilem Quamobrem oſtenditur filium emancipatum potuiſſe multo minus iure ciuili hanc ſeparationem facere, cum ab eo non cognoſcatur. §. Emancipati Inſti. de hæred. quæ abinteſ. defe. Dictio maxime

Et ſecundum hanc noſtram declarationem. d. l. qui ſe patris, hodie non eſt correcta per. §. placebat. Inſti. de legi. agna. ſucceſſ. In quo Doc. multum laborant. Declaratio enim noſtra à terminis. d. §. placebat, ſatis aliena eſt, & quemadmodum ante, ita & poſt illum. §. In huiuſmodi ſeparatione, lex illa qui ſe patris procedit. L. qui ſe patris hodie non ẽ correcta

Nec obſtat ſi quiſpiam dicat, ſi lex illa, qui ſe patris de ſeparatione (ut dictum eſt) loqueretur, eſſet ſuperuacua quippe cum iã hoc deciſum fuerit in. d. l. ſi filius qui patri. Ad hoc enim facile reſpondetur, non enim eſt nouum, nec abſurdum, ut id quod in. ff. deciſum eſt, decidatur etiam in Codice, ut mille legibus diligenti lectori patere poteſt. L. qui ſe patris loquitur de hæreditatum ſeparatione & non de aditione

Et ex his ſequatur hæc concluſio.

Lex qui ſe patris. C. unde liberi, ſecundum noſtrã, & quidem ueram declarationem hodie non eſt correcta. Cõcluſio

Item lex qui ſe patris, loquitur de hæreditatum ſeparatione, non autem de aditione.

CXII. Declaratio quamobrem filii dicantur ſui hæredes, & quare cenſeãtur eadem perſona cum patre.

DIV dubitaui, quamobrem filÿ dicerentur ſui hæredes, & quid hoc nomen ſignificaret, tandem Dei gratia mihi ipſi in hac quæſtione ſatisfeci, & ſi alÿs ſatisfecero, id uehementer mihi gratum erit

Pro intelligentia, itaq; huius quæſtionis paulo altius rem ipſã repetendam eſſe duxi.

Scire oportet totum natura ipſa, ab omnibus eius partibus collectiue ſumptis nequaquam differre, cum nil aliud ſit totum,

quam omnes partes simul sumptæ. Id colligi potest ex uerbis Bar. in.l. aut facta.§. nõ nunquam.ff. de pęnis, & ita etiam asserunt Philosophi.

Pars continua

Partium autem, aliqua est cõtinua, ut puta manus, pars est corporis continua, aliqua separata, ut seruus, is enim pars domini separata est, ut inquit philosophus in.i.Polit.

Filius est pars patris separata

In proposito igitur nostro, filius est pars ipsius patris separata, teste Aristo.v. Ethic. c.vi. Cum igitur una quæque pars, cum suo toto censeatur una, & eadem res, consequẽs est, ut etiam filius ut pars patris, etiam natura ipsa, una & eadem persona cum patre iudicetur id quod aperte probant uerba Imperatoris in.l.fin.C. de impub. & aliis sub. Vbi ait, & natura, pater, & filius eadem esse persona penè intelliguntur.

Pater & filius censẽtur una & eadẽ persona et natura ipsa

Considerandum est, ultra Doctores, patrem & filium eandem personam, etiam natura ipsa, ne dum iure ciuili esse uideri. Præterea sicut pars, natura ipsa: subest toti, & à toto regitur, id quod clarum est, colligitur ex.i. Polit. Ita filius natura ipsa, subest patri, cum sit pars eius, & ab eo regendus est: ut clarè colligi potest ex.i.Polit. & v. Ethic. & in.viij.ubi Aristo.ait, natura pater filiorum, & aui nepotum. & Rex eorum quibus præsidet, imperium obtinet.

Non ab re igitur, dicendum est patris potestatem in filium, esse natura ipsa, id quod ultra philosophũ in locis supra citatis apertè ostendit Iureconſ. Paul.in.l. pronunciatio.ff. de uerb. sig. ubi inquit, iure proprio familiam, dicimus plures personas, quæ sũt aut natura, aut iure, suo unius potestate subiectæ, ut puta filiumfamilias, filiamfamilias &c. Intellige natura, filium naturalem: natura & iure simul, filium legitimum, & naturalem, iure scilicet tantum, ut sunt adoptiui.

Patris potestas in filium natura ipsa est

Non obstat, si quispiam diceret, patriam potestatem, quo ad inuentionem, & substantiã, esse ciuium Romanorum, ut in.§.ius autem Insti.de patr. potest. ubi Imperator ait, ius potestatis, quod in liberos habemus, proprium est ciuium Romanorum, sed inconsiderate ille.§. ad hoc allegatur non enim dicit patriam potestatem, quo ad inuentionem, & substantiam, esse ciuium romanorum, sed eius qualitates, seu effectus ait esse ciuium romanorum, inquit enim, ius patriæ potestatis, proprium est ciuium romanorum, non autem dicit patriam potestatem, uult ergo textus ibi, illud ius potestatis, idest illam ordinationem ciuitatis de patria potestate, esse ciuium romanorum: nam ius nil aliud est quã

ordinatio ciuilis societatis, ut in.i. Polit. & diximus, in declaratione patriæ potestatis.

Hanc ob causam subdit, nulli alii sunt homines, qui in liberos talem habeant potestatem, qualem nos habemus. Nota ergo dictionem qualem, quod est relatiuum qualitatis, non autem substantię, effectus enim patriæ potestatis à ciuibus Romanis inuentos, enumerat glos. ibi, hæc obiter nunc ad propositum reuertar.

Item sicut natura ipsa id quod est totius, defluit in quamlibet eius partem, utputa alimentum sumptum à corpore, diffunditur in omnes eius partes. Quod ẽ totius defluit ĩ quãlibet eius partem

Item humor à uitis seu arboris trunco è terra abstractus, in omnes palmites in omnesq́ ramos natura diffunditur.

Ita etiam ipsa natura, id quod est patris, in filium tanquam in eius partem deuenit, ut mores similitudines, omnesq́ facultates. Quamobrem bona ipsius patris, quasi debita natura ipsis filiis dicuntur. l. scripto in fi. ff. unde liber. l. fi. C. de codicil. & cum ratio ff. de bon. damn.

Hãc ob causam ius ciuile uidens patrem & filium esse ferè eandem personam, & bona patris ratione naturali quasi debita filiis imposuit eis nomen suorum hæredum, d. l. cum ratio. ex qua satis constat quamobrem indultum sit filiis nomen suorum hæredum.

Est tamen aduertendum non continuari dominium in filios, ob id quod sint sui hæredes, ut dicunt doctores, sed è contrario, quia bona patris natura sunt debita filiis, & ad ea uocantur, idcirco à iure ciuili sui hæredes nuncupantur, ut d. l. cum ratio. ff. de bon. damn.

Est etiam sciendum hanc appellationem hæredis, idem significare quod dominus: ueteres enim hæredes pro dominis appellabant. §. item extraneus. Inst. de hær. qual. & diff. dominus item olim hærus dicebatur. l. item mella. ff. ad. l. aquil. unde hodie uulgo dicitur missere quasi heremis, & ab hærus nomen hæredis quidam deriuant: eodemq́ modo hęreditas domina appellatur. l. non minus. ff. de hęred. inst. Heres idẽ quod dominus

Rursus repetentes dicamus, post mortem alicuius intestati seu testati, illico à lege omnia eius iura colligi, ex qua iurium collectione fit quoddam ius uniuersum, in quod fit quædam à lege successio, quæ hæreditas appellatur. hæc autem nil aliud est, quã successio in uniuersum ius, quod defunctus habuit. l. nihil est ali

ud.ff.de uerb.& rer. sign. successio inquam, quæ à lege & non ab homine fit: antequam enim homo adeat hæreditatem, dicitur hæreditas, potest enim quis usque ad triginta annos accipere hæreditatē.l.licet.C.de iur.delib. Adita uerò hæreditate, statim desinit esse hęreditas.l.sed si plures.§.si filio.ff.de uulg.& pup.sub. & glos. in.l.i.§.ueteres.ff. de acqui. poss. & sicubi hæreditas post aditionem appellatur id non propriè fit, hæc colliguntur ex dictis Bar.in.l.ij.ff.de bon.poss.

Heres Petri quomodo intelligatur

Ille igitur qui adiuit Petri hæreditatem, uocatur hęres Petri, id est dominus Petri. Non quod sit dominus Petri. qui mortuus iam est, sed dominus bonorum olim Petri, ita necessario intelligendum est.

In proposito itaque nostro, cum filius sit una & eadem persona cum patre efficitur, ut sicut pater est dominus bonorum, ita & filius eorundem bonorum dominus iure dicatur, hinc est quod leges filium uiuente patre dominum appellant .l. in suis.ff.de lib.& posthum.

Et quemadmodum dicitur paterfamilias, id est substantię & patrimonij pater, (hoc enim significat hæc appellatio familias in.d.l.& in rubrica familiæ hercıscundæ ff.) Eodem modo dicitur filiusfamilias ut in.d.l.in suis, ex quo apparet ita esse dominum substantię filium, quemadmodum est pater.

Filius ē dominus substātie sicut & pater ēt uiuus

Nec obstat quod in d.l.uocatur quasi dominus, quoniam nō dicitur quasi dominus, ratione ueri dominij, sed respectu administrationis, quæ est penes ipsum patrem: omnis enim domus à seniore regenda est, ut inquit philosophus.i.Polit. Hanc ob causam post mortem patris non dicitur accipere dominium, & hæreditatem, sed magis liberam bonorum administrationem consequitur.d.l.in suis.

Certè tamen scias illud idem dominium quod patre uiuente, erat penes filium (est enim filius uiuo patre suus hæres.§.sui.Inst. de hær.qual.& diff.) durare continuarique in ipsum filium, adeo ut nihil dominij post mortem patris, sed solam dumtaxat administrationem consequi uideatur. sicut ergo post mortem patris penes filinm, est uerum dominium, ita & uiuente patre erat sine dubio uerum, quippe cum illud idem sit continuatum.

In.l. ī suis tex. deprauatus

Et aduertendum est in.d.l.in suis esse textum mendosum. legitur enim ibi, in suis hæredibus euidentius apparet continuationem dominii, eorum producere, ut nulla hæreditas fuisse uideatur, si legeris eorum, haud congruè construi potest, legas itaque eó rem,

ut sint duæ dictiones, una aduerbium hoc est eò, altera nomen, hoc est rem, erit igitur sincera litera, eò rem producere. &c.

Redeamus iam ad propositum, quia filius dicitur uiuo patre dominus, idcirco appellatur hæres suus, id est bonorum suorum dominus, ut diximus. & nota quod sicut ad constructionem domus, tres partes simul requiruntur, uidelicet, solum, paries & tectum. l. eum qui ædes. ff. de usucap. Ad destructionem uerò suffi cit, ut una pars remoueatur, destructo enim pariete, seu tecto, desinit esse domus. ut not. Bar. in tract. de alueo.

Ita ad costructionem sui hȩredis, tria requiruntur, patria potestas scilicet, & ut bona patris ad eum perueniant, sine quibus suus hȩres dici non potest, & uiuente patre olim non poterat filius habere nisi bona patris. omnia enim patri acquirebat. Inst. per quas pers. nob. ius acqui. Sit ergo conclusio hæc ad constructionem sui hæredis, requiritur patria potestas, & præcipuè bona. Intellige requiri patriam potestatem usque ad tempus, quo pater moritur. Hȩres enim suus is dicitur, qui tempore mortis est in potestate: Inst. de hær. qual. & diff. §. sui. l. lege Cornelia ff. de test. Requiruntur præterea bona, sine quibus hæres, id est dominus dici haud potest. Duo requiruntur ad cōstructionē sui hæredis

Ad destructionem autem sui hæredis, sufficit alterutram partem remoueri, siue igitur tollatur patria potestas, desinit esse suus hæres,. §. sui. Inst. de hæred. qual. & diff. iuncta glos. in uer. in potestate. siue bona ab ipso filio auferantur, remanente patria potestate, desinit etiam esse suus hæres, quamuis in potestate remaneat, ita not. doct. & presertim Ias. in. l. qui se patris in ij. col. C. und. lib. & Bar. in. l. i. §. sciendum. ff. de suis & legit. hæred. ubi etiam dicit, si à filia remoueatur successio per statutum desinit esse sua hæres, remanet tamen in potestate. Filia exclusa a successione per statutum definit: eē sua heres

Et ex his apparet filium quando bona remouentur ab ipso, desinere esse suum hæredem, hoc ipsum apertè probatur in. §. interdum Instit. de hæred. quę ab intest. defe. Vbi fuit quidam reus perduellionis, memoria cuius post mortem damnata fuit licet eius filius sit suus hæres, tamen quia bona auferuntur á fisco desinit esse suus hæres. & quemadmodum domus, licet tota sit concussa tormentis, antequam ruat paries seu tectum, non desinit esse domus, sed eo momento quo paries, seu tectum corruit eodē desinit esse domus.

Ita licet suitas sit aliquo modo suspensa non tamen statim filius desinit esse suus hæres, sed eo momento quo uel patria pote

ſtas tollitur, uel bona ab eo auferuntur, deſinit eſſe ſuus hæres. il le. §. interdum, omnino refellit opinionem eorum qui aiunt pa- triam poteſtatem & primum locum ſuos hęredes efficere, ibi .n. filius erat in patris poteſtate, & in primo loco, & tamen ſublatis à Fiſco bonis, non eſt ſuus hæres bona ergo ſunt præcipua ſuorũ hæredum cauſa.

Et ex his facilè poteris intelligere tex. in. l. ſi quis poſthumos . §. ſi filium. ff. de lib. & poſthu. & tex. in l. qui in aliena . §. in- terdum ff. de acqui. hæred. & tex. in. l. i. §. ſciendum. ff de ſuis & legiti. hæred. In quarum legum declaratione, maxima eſt orta inter ſcribentes altercatio. Ibi enim, talis ſpecies à Iureconſ. proponitur.

Pater quidam exhæredauit filium, nepotem uerò ex eo præte rĳt, & alium hęredem extraneum fecit, ſuperuixit patri filius ex hæredatus, deinceps filius, ante aditam hæreditatem, fortaſſe ab extraneo, deceſſit. Quærebatur, an nepos præteritus rumperet teſtamentum. Dubitatio orrebatur ex eo, quod exhæredatio fa cit exhæredatum deſinere eſſe ſuum hæredem, d. l. i . §. ſciendum & ibi Bar.

Si igitur filius deſinit eſſe ſuus hæres, ergo nepos ſuus hæres ef fectus eſt . §. ſui. Inſti. de hæred. quali & diffe. cum ergo fuerit præteritus á patre, quaſi agnatione, debuit teſtamentum in quo præteritus fuit rumpere . §. poſthumorum Inſti. de exhęred. libe. Contrarium tamen ſcribunt, Pompo. & Marcell. in. d. §. ſi filiũ Doctores uario modo ſoluunt, ſed eis aſſentiendum eſſe minime exiſtimaui, mutuis enim uulneribus ſe ſe perimunt.

Vera decla ratio

Tu autem ex ſupradictis facilè colliges ſolutionem, nam filius ut dictum eſt, dominus familias, hoc eſt patrimonĳ, uiuo patre appellatur, ſicut & pater, & eo uſq; durat dominus, & conſequi ter ſuus hæres, quo uſq; bona ei auferantur licet ergo pater in te ſtamento dixerit, ex hæredo filium, non ob id ſtatim auferuntur bona ipſi filio, ſed tunc, cum inſtitutus adierit hæreditatem, qui adeundo efficitur dominus, & quidem directus, cum ſit inſtitutus à teſtatore, qui lege permittente, poterat auferre bona, licet quaſi debita filio, quem & occidere poterat . l. in ſuis, ff. de liber. & poſth.

Filius exhæredatus nõ deſinit eſſe ſuus heres niſi adita here ditate ab inſtituto

Cum itaq; inſtitutus effectus ſit dominus, & quidem directus, neceſſariò ſequitur filium deſinere eſſe ſuum hæredem, ideſt domi num bonorum ſuorum. Cum non poſſint duo directi domini inſolidum exiſtere, l. ſi ut certo . §. ſi duobus uehiculum . ff.

com-

commod.

Et hoc ſentiunt Doc. dicentes, exhæredationem non habere eſfectum niſi poſt mortem teſtatoris adita ab inſtituto hæreditate, ita ſcribit Bar. in.l. qui in aliena.§. interdum.ff. de acqui.hæred. per tex. in.l. filium.§. ſed cum exhęredatio.

Cum igitur ante aditam ab inſtituto hæreditatem, filius non deſinat eſſe ſuus hæres, cũ bona ſint in ſuſpenſo, ut dictũ eſt, arg.§.ſi ab hoſtibus. Inſti. quib.mod.ius patr. poteſt.ſol. ſequitur ut nepos ſuus hæres minime efficiatur, quamobrem non rumpit teſtamentum ut in .d.§. poſthumorum.

Poſt aditam ab inſtituto hæreditatem, nepos non efficitur ſuus hæres, propterea ꝙ bona patris, non perueniunt ad ipſum, ſine quibus, ut ſupra demonſtratum eſt, non poteſt quis effici ſuus hęres, cum non ſint bona, quorum dominus dici poſſit. Si uerò inſtitutus uiuo filio hæreditatem repudiauerit bona, quæ per exhæredationem in ſuſpenſo erant, in eo confirmantur, & ita filius ab inteſtato erit patri ſuus hæres, ut in .l. filium .ff. de bo. poſ. con. tab. Nepos licet ſit in poteſtate tamen ſi ad eum nõ ueniunt bona aui nõ efficitur ſuus heres.

At ſi poneres exhæredato filio, nepotem qui erat in poteſtate eſſe inſtitutum, erit profectò ſuus hæres auo, ſiquidem bona, & patria poteſtas, ipſum nepotem ſuum hęredem efficiunt, iſqꝫ hæreditati ſe immiſcens, eam ſuo patri acquirit, adeo ut patrem exhæredatum faciat, hæredem, & quidem neceſſarium.d.l.qui in aliena.§. interdum.ff.de acqui.hæred. Nam qualis quiſqꝫ eſt hæres, talem facit hæredem eum cui acquirit, uel in quem tranſmittit .d. .§. interdum, &.l. ſi quis filium familias .§.i.ff.de acqui.hæred. Et ex ſupradictis facilè poteris intelligere.d.§. interdum & .d§. ſciendum cum ſimilibus.

CXIII. Declaratio quomodo per ſubſtitutionem uulgarem tollitur ſuitas.

Reliquum eſt, ut uideamus, quomodo per ſubſtitutionem uulgarem, filius deſinat eſſe ſuus hæres. Sed prius uidendum eſt, quamobrem uulgaris ſubſtitutio ita nuncupetur: Et quomodo fuit inuenta. Bar. in.l.i.ff.de uulg. & pupil. ſub cui ferè omnes aſtipulantur, dicit uulgarem appellari, proptereaꝙ à quolibet & cuilibet fieri poteſt. Sed dicat obſecro, poterit ne fieri à furioſo, à pupillo, à deportato, à filioqꝫfamilias, minime, Suitas quo modo per ſubſtitutionẽ uulgarẽ tollatur

Sed inquit Bar. à quolibet scilicet idoneo, id si ita est, etiam pu pillaris dici poterit uulgaris, ea enim à quolibet, & cuilibet ido/ neo fieri potest.

Omissis itaque his, quae à Bar. ab aliisque super hoc traduntur ali ter dicas. Et ut euidenter appareat, quamobrem dicta sit uulga/ ris sciendum est, quo nam pacto fuerit inuenta, audi igitur. Papius quidam, cum uideret aerarium in bellis ciuilibus exhau/ stum, ut aere illud repleretur, tulit legem, qua cauebatur, neminem clausis tabulis posse adire haereditatem, diemque legatorum ab apertis tabulis cedere, & hoc ideo fecit, ut id quod interim cadu cum effectum esset, in aerarium reduceretur: colligi haec possunt ex .l.i.C. de cadu. tollen. Quot enim modis fieret caducum ibi dem uideto. Testatores, id animaduertentes, adeo aegretulerunt, ut substitutiones introducerent, ne ab eis relicta, caduca efficeren tur, & si facta essent, ad certas personas substitutas deuenirent, ita refert Iustinianus in .d.l. unica. Dicens, quas substitutiones, & nos fieri concedimus.

Vulgaris quamobrē fuit intro ducta

Fuit itaque substitutio uulgo à testatoribus inuenta, ut *ibi aper* tissimè colligitur: Hanc ob causam dicta est uulgaris, *quasi à uul* go, & non à lege inuenta. quemadmodum palam est, multa alia, nomen ab inuentoribus sumpsisse: ut puta legem falcidiã, Aqui liam, Trebelleianicam, & huiusmodi.

Habes itaque quamobrem dicta sit uulgaris, praeter Doctorũ opinionem. Restat nunc uidendum quonam pacto dicant do/ ctores, eam tollere suitatem seu facere desinere esse suum haeredem ut scribit Bar. in .l. si filius haeres .ff. de libe. & posth. Vbi doctores in duas acies diuisi sunt. Alij enim aliam defendentes opinionem, partem enim affirmant suitatem, uulgari substitutio/ ne tolli partim uerò negant. Quorum rationes hic praetermittẽ/ das operaeprecium esse putaui. arbitror enim communem opinio nem uero consentaneam esse. Asserentem, suitatem, uulgari sub/ stitutione sine dubio tolli, sed quo nam pacto, infra patebit id quod doc. minime animaduerterunt.

Variae doct ores opini ones

Sed prius repetendum est, id quod paulo ante diximus. Vide/ licet tres partes principales efficere quempiam esse suum haeredẽ, patriam potestatem scilicet primum locũ & bona. sed pars prin cipalior bona ipsa dicenda sunt, sine quibus impossibile est, quẽ/ piam posse fieri suum haeredem. Quandoquidem haeres, idem est quod dominus.

Dominus autem ponitur inter ea, quę sunt ad aliud, idest inter

correlatiua, quorum natura est, ut sint simul natura, & inuicem se perimant, ut puta eo momento, quo seruus, seu filius perit, desinit esse dominus, seu pater. Non tamen intelligas, ut ipsa patris substantia pereat, sed illa dumtaxat formalis relatio, qua quis appellatur dominus, seu pater. Correlatiuorum natura

Est itaq; pater seu dominus ad aliud, si igitur pater est, alicuius filij pater est, si dominus est, alicuius serui, uel rei dominus est.

Quamobrem si filius dicitur hæres, hoc est dominus, ergo alicuius rei, seu patrimonij dominus est, & si res uel patrimonium auferatur, tollitur illa relatio, qua hęres suus, seu dominus dicebatur quoquo ergo modo bona filio funditus auferãtur, bona inquam quæ simul filij & patris fuerint .d.l. in suis. necessario efficitur, ut filius desinat esse suus hæres, ex ui correlatiuorum, quæ posita se ponunt, & perempta se perimunt, ut in prædicamentis Porphyrius ait.

Sed iam uidendum est, an per substitutionem uulgarem, bona ipsi filio auferantur, si auferri probatum erit, profecto filius desinet esse suus hæres, sed cum hæc appellatio hæres, idem sit, q; dominus, quærendum est, quam ob causam huiusmodi pronomen suus adiectum sit. Responde hoc pronomen suus, sua, suum, esse relatiuum reciprocum, hoc est quod ad eandem personam reflectitur, ut Flaminius uocat te, ut uideas librum suum, hoc est librum ipsius Flaminij, Quare dicatur heres suus

Cum itaq; filius, etiam uiuo patre sit dominus. §. sui. Insti. de hæred. quali. & differ. & .d.l. in suis. ff. de libe. & posthu. Adiectum est hoc pronomen suus, ut dicatur suus hæres, quasi bonorum suorum, uiuo etiam patre, dominus, ut differat ab extraneo, qui non dicitur hæres suus, sed hæres alterius, ut puta Petri, hæres enim Petri, idem ualet q; dominus bonorum olim Petri: Et aduerte q; ubicunq; reperitur suus, ibi est, uel intelligi debet hæres, suus enim per se nihil significaret. Si itaq; filius noluerit, uel non potuerit cum effectu hæreditatem ex iudicio testatoris accipere, eam accipiet substitutus, & ita filius qui uiuo patre, erat hæres, hoc est dominus, amissis bonis, & in substitutum trãslatis desinit esse illorum bonorum hæres, hoc est dominus.

Hoc igitur modo dicitur substitutionem uulgarem tollere suitatem, seu facere, ut filius esse suus hæres desinat. Pater enim reliquit bona ipsi filio, sub hac conditione si cum effectu bona, eorumq; administrationem acciperet, qua conditione non impleta aufert ab eo bona, & in substitutum transfert quod facere iure po

test. l. fi. ff. de condi. insti.

Sit itaq; hæc conclusio, filius non ex eo quod habet uulg. substitutum, desinit esse suus hæres, sed eo quod, bona mediante substitutione uulgari ab eo in substitutum transeunt. Sed antequam bona ab eo remoueantur, nõ desinit esse suus hæres, esto ꝗ habeat substitutum.

Sed contra hanc conclusionem, Paulus à Castro in. l. si filius hæres. ff. de libe. & posthu. adducit tex. in. l. fi. ff. de condi. insti. ante finem, in uersiculo altera uerò species. Vbi nepos, fuit substitutus filio uulgariter, filius autem fuerat institutus sub conditione potestatiua, ut puta si decem dederit Titio, quæ ultimo uitæ momento impleri poterat, dicitur ibi, si filius decedat, conditione non impleta, nepotem ex substitutione, nisi post mortem filij minime uocari, ratio est, quia illa conditio quo usq; filius uixit in eoq; spiritus existebat, per alium impleri potuit, qua impleta antequam emitteret spiritum, ipsemet filius ex testamento in mortis articulo, fuisset hæres effectus, ad suosq; hæredes transmisisset, quam ob causam substitutus excluderetur iccirco, quam diu in filio est spiritus, expectandum est, nec substitutus, nisi filio perfectè mortuo admittitur. Sed si opinio doctorum esset uera, inquit Paul. dicentium existentiam sui hęredis per uulgarem substitutionem tolli, tunc nepos in uita filij incipientis mori, statim admitteretur. Nam si esset, ut aiunt Docto. sublata suitas, filius in extremo uitæ momento, non posset effici hæres, proptereaq; sublata suitate, filius est tanquam extraneus, at extraneus, hæres non efficitur, nisi suam uoluntatem uel re, uel uerbo, declaret. §. fi. Insti. de hæred. quali. & diffe. Id quod à filio, in extremo uitæ momento existenti, fieri nequit, licet conditio per alium eo adhuc uiuente, impleretur. Amisit enim uoluntatem, eo ipso ꝗ incipiebat mori, & ideo si sublata esset suitas, non posset etiam impleta conditione, hæres effici, cum suam uoluntatem de adeunda hæreditate, nec uerbo, nec re, declarare posset. Quamobrem, in extremo uitæ momento, constaret primum institutionis gradũ defecisse, & ita nepos ex secundo gradu, sine controuersia, admitteretur: Cuius contrarium ibi dicitur, ergo necessario sequitur, suitatem non fuisse sublatam, per quam potuit filius, etiam in extremo uitæ momento, sine aliqua uoluntatis declaratione hæres effici & ideo nepos, non potest uiuo patre effici hæres, id quod fieri posset, si filius per uulgarẽ substitutionem, desijsset esse suus hæres, ut diximus. Et hoc subtiliter ibi colligitur, Vbi Ias. re-

fert Paulum dicentem respondeant, nunc intelligentes.

Sed tu ex supradictis facile colliges responsionem. Diximus enim non statim facta substitutione uulgari, desinere filium esse suum hæredem, sed tunc demum cum bona à substituto accipiuntur. At in. d.l.fi.ff. de condi. institutio fuit institutus filius sub conditione, quæ potuit etiam extremo uitæ momento impleri, ueluti si Titio decem dederit, quæ conditio nomine filij per alium impleri poterat, antequam ergo conditio deficiat, filius durat suus hæres prout ante fuerat, deficiente uero conditione, locus substitutioni datur, & acceptis à substituto bonis, eoque effecto domino filius desinit esse suus hæres, ut in simili dicitur in .§.interdum Inst. de hæred. quæ ab intest. defe. Vbi occupatis bonis à fisco, filius desinit esse suus hæres. At impleta conditione filius durat suus heres transmittitque hæreditatem iure suitatis, sed quia conditio potest impleri extremo uitæ momento, ideo nepos substitutus nõ potest accipere bona aui, nisi post mortem patris sui. Cum uere tunc possit dici defecisse conditionem, & non prius non ergo suitas sublata est prius, sed mortuo patre & translatis bonis in nepotem substitutum. & ita Pauli obiectio non obstat.

Sit itaque conclusio huiusmodi uidelicet substitutio sola uulgaris, non facit filium desinere esse suum hæredem, sed bona à filio mediante substitutione uulgari ablata id faciunt. Acceptis itaque bonis à substituto quæ uiuo patre erant etiam filii.l.in suis.ff.de lib, & posth. ipse filius desinit esse suus hæres. Vulgaris substitutio sola non tollit suitatẽ

Sed quia diximus bona esse, quæ faciunt filium hæredem suũ appellari, quibus ablatis, desinit esse suus hæres, uidetur hoc esse contra tex.in.l.ij.§.sed si sint sui.ff.ad senatusconf. Tertull. Vbi filius, licet repudiet bona patris, remanet tamen suus ac necessarius hæres, & tamen bona apud eum non existunt.

Adhæc dicito, filium non posse remouere bona patris à se, immo licet repudiet bona patris, tamen dominium rerum directum penes ipsum continuo existit, immo nec poterat olim abstinere. §.1. Instit. de hæred. qual, & diff. & quamuis prætor sua æquitate permittat, ut possit abstinere. d.§. sui. Inst. de hæred. qual. & diff. tamen non desinit esse hæres. Nam quemadmodum Prætor non potest quempiam facere hæredem. §. quos autem. Inst. de bo. pos. ita non potest facere quempiam desinere esse hæredem. l. & si sine .§. sed quod Papinianus. ff. de minor. sed quamobrem hoc Prætor non possit facere alibi diximus

Et sic licet filius abstineat, nudũ tamen dominium apud eum

omnino remanet, ut dicit tex ibi, ne nudum nomen hæredis noceat matri, & huiusmodi dominium nudum sufficit, ut filius dicatur suus hæres. l in suis. ff de lib. & posth.

Erit ergo apud filium dominium directum, & quidem nudũ apud matrem uerò utile dumtaxat de iure ciuili, sicut dici solet Emphyteotam habere utile dominium: dominium uerò directũ & nudum, & hoc & illud iureciuili efficitur. l. si. ff. si ager uectig uel emph. pet.

Alter fuit intellectus, quem sibi uendicat. d. Christo. de Castel. & eum multi sequuntur. ut refert Ias. ibi secundum quem est dicendum præteritionem posthumi, in ea lege fecisse filium desinere suum esse hæredem, non autem substitutionem uulgarem, ut uult Bar. ibi. Sed hoc uidetur contra uersicul. quod si nemo, in eadem. l. si filius. ff. de lib. & posth. Vbi posthumus erat etiam præteritus, & tamen filius non desinit esse suus patri ab intestato, id quod fieret, si esset sublata suitas. sublata enim suitate esset extraneus, & sic non posset moriens effici hæres, cum requiratur aditio, id quod à moriente fieri non potest. Ex eo ergo uersiculo constat. non esse uerum, præteritionem nepotis esse impedimento, quo minus filius sit suus hæres.

Tu uerò, ut habeas ueram illius tex. intelligentiam dicito, patrem instituisse filium hæredem, omisso posthumo nondum nato, filioque nepos ex eo, fuit substitutus, si interim moriatur filius, expone interim, idest posthumo non nato, ut clarè patet ex tex. Non autem ut aiunt Docto. interim, hoc est ante aditam hæreditatem, uel ante impletam conditionem, cum nulla fuerit ibi adiecta conditio, dicit Aphricanus, nepotem substitutum, tam patri quam auo effici suum hæredem.

Sed diceret quispiam, quo nam pacto, nepos potest effici suus hæres auo, quippe cum filius eum in gradu, tempore mortis aui præcesserit, quo fit, ut nepos suus hæres auo effici nõ possit. §. sui Insti. de hæred, qual. & diff.

Item filius, mortuo auo, idest patre suo, statim est suus hæres. l. i. §. qui sunt in potestate. ff. si quis omis. cau. testa. Hanc ob rem, nepos suus hæres auo effici minime potest: sed solus filius, qui licet, se paternæ hæreditati non immiscuerit, est tamen hæres ipso iure. l. in suis. ff. de liber. & posthu.

Si diceres, nepotem quoque esse suum hæredem auo, absurdum profecto diceres, esset enim & hic, & ille hæres suus, in diuerso quidem gradu, & ita essent duo domini insolidum, id quod fieri

nequit.l.si ut certo.§.si duobus uehiculum.ff. commod.Et tamen Aphricanus in casu proposito dicit nepotem futurum suum hæredem tam patri,quam auo.

Vt igitur intelligātur hęc,dicito filium institutum,posthumo præterito,non posse hæredem effici ex eo testamento,quod poterat posthumi natiuitate rumpi. Quamdiu enim rumpi testamentum potest, non defertur ex eo hæreditas.l.uentre ff. de acqui. hæred.

Ab intestato minime poterat hæres existere, nam quam diu potest ex testamento adiri hæreditas,ab intestato non defertur .l. quam diu ff.de acquir. hæred. sed hic poterat adiri hęreditas á substituto: & sic causa testati,poterat incipere á secundo gradu, hanc ob causam non poterat causa intestati locum habere. d.l. quamdiu. Vnde fit,ut filius ex testamento hęres esse non possit, propter posthumi præteritionem,& hoc solum facit ipsa præteritio,non autem tollit suitatem. Nec ab intestato potest se immiscere,cum possit causæ testati,ex substitutione uulgari locum esse ut supra dixi.

Et quia testator substituendo dixerat, si filius meus hæres non erit,quod perinde est, ac si dixisset,si noluerit,uel non potuerit, bona mea accipere .l. cum proponas .C. de hæred. insti. Cum igitur impleta sit altera pars conditionis alternatiue,sub qua uocatus fuerat nepos,idest si filius non potuerit esse hæres,& ipse filius,nec ex testamento,nec ab intestato, ut supra demonstratum est, potuit effici hæres. Meritò igitur admittitur nepos per substitutionem uulgarem,qui accipit bona aui,cui scilicet auo, per uulgarem succeditur. Insti. de uulg. & pupil. sub. in prin. Quibus acceptis,filius desinit esse suus hæres, ut sæpius dictum iam est.& nepos suus hæres auo efficitur.cum sit in eius potestate,& in eum bona translata sint,quæ duo scilicet,patria potestas & bona,faciunt suitatem,ut diximus. Intellige tamen,ꝙ tempore quo filius moriebatur, adhuc erat dubium, an posthumus nasceretur,sed post mortem filij constabat posthumum, non posse amplius rumpere testamentum quia mater fortasse abortum fecit, & sic non fuit impedimento,quo minus nepos, auo suus hæres, ex testamento existeret si uero posthumus mortuo filio,natus esset tunc nepos fuisset suus hæres auo ab intestato una cum posthumo.§. cum autem. Insti. de hæred. quæ abintes.defe. Fuit etiã deinceps nepos suus hæres patri,uel abintestato,uel fortasse ex testamento,habebat enim fortassis bona castrensia.

Vulgaris substitutio non tollit suitatē sed aufert bona a filio

Patet itaq; substitutionem uulgarem, non esse causam quamob rem filius desinat essesuus hæres, sed est in causa, ut à filio auferantur bona quibus ablatis, desinit esse suus hæres, ut supra declarauimus.

Ablatio igitur bonorum, facit filium desinere suum esse hæredem, & non sola posthumi præteritio, ut Christo. ait. Si enim nepos non fuisset substitutus, filius licet non potuisset, moriens cum effectu existere hæres, transmisisset tamen illud ius, quod habebat in nepotem, qui postea non nato posthumo, ex institutione, seu transmissione á patre suo facta adiuisset hæreditatē aui, ut in uersiculo, quod si nemo, ubi nepos, non erat substitutus. Et quia eo tempore quo filius moriebatur, certum erat, neminem ex eo testamento esse hæredem, filius enim non poterat, cum non posset ex eo adire hæreditatem posthumo nondum nato, alius minime, cum non esset alius institutus, & sic testamento irrito facto nō adita hæreditate, succedit causa intestati .l. si nemo .ff. de testamen. tutel. & Insti. de hæred. quæ abintes. defe. in princ. Hanc ob causam dicit Aphricanus φ ipsemet filius intestato patri hæres existit id φ non esset, si fuisset nepos substitutus uulgariter, ut in primo casu. Ex hoc uersiculo sic declarato, apparet non esse uerum præteritionem posthumi tollere suitatem, quod est contra dominum Christo. & alios eum sequentes.

CXIIII. Declaratio suitatis & quid sit.

QVIA supra facta est mentio sui hæredis, non ab re esse putaui hic diffinire quid sit suus hæres, de quo sæpius fui interrogatus, & licet diffinitio deberet præcedere, tamen perinde habeatur, ac si præcederet. Dicas itaq; hoc modo.

Sui heredis definitio.

Suus hęres, est is qui unâ cum patre, bonorum suorum est dominus. Hæc diffinitio, cum suo conuertitur diffinito: Nā omnis qui una cum patre bonorum suorum est dominus, est suus hæres. l. in suis .ff. de lib. & posthu. Est igitur diffinitio bona, constat enim ex genere & differentijs, illa enim dictio is, ponitur loco generis, continet enim etiam eos qui non sunt domini. Illa uerba qui est dominus, ponuntur ad differentiam eorum, qui nō sunt domini, ut sunt serui. Verba illa, una cum patre, ad differentiam emancipatorum ponuntur, qui uiuo patre, non sunt domini

mini. Illa uerba suorum bonorum, ponuntur ad differentiam eorum qui efficiuntur domini alienorum bonorum, ut puta hæredes extranei. Bona est igitur diffinitio, cum conuertatur cum diffinito, & constat ex genere, & differentijs, ut aiunt Dialectici & Bar. in. l. i. ff. de acqui po.

Suitas secundum Doc introducta ē iure ciuili

Scribentes, qui de suitate tractant, solent quærere, quo iure introducta sit suitas, & respondent præsertim. d. Ang. de Periglis in. l. in suis. ff. delibe. & posth. Asserentes suitatem à l. xij. tabul. & consequenter à iure ciuili esse introductam, allegant tex. Insti. de hæred. quæ abintes. defe. § i. qui minime id probat.

Suitas nō ē introducta iure ciuili

Tu uerò dicito, hanc suitatis appellationem, nullo iure fuisse introductam, nullibi enim apud iure consul. huiusmodi nomen reperies. Et si quæras, à quo nam fuit introducta, dicas, hoc nomen uti magistrale à doctoribus fuisse inuentum: Est enim nomē non latinum, sed perinde est ac si diceretur saxeitas à saxo, roseitas, à rosa, humanitas ab homine, ita ducta est suitas à suis hæredibus. Et quemadmodum humanitas, hominis naturam significat, ita saxeitas, si reperiretur, saxi naturā, & roseitas rosæ naturam significaret, ita suitas suorum hæredum naturam significat. Non obstat modo tex. in. d. §. i. nulla enim ibi fit mētio suitatis: sed dicit intestatorum hæreditates ex. l. xij. tabul. primū ad suos hæredes pertinent.

Fuit igitur hoc nomen inuentum à doc. uti nomen quoddam ut aiunt magistrale, non autem à iure ciuili. Ius autem ciuile, liberis suorum hæredum nomen, dumtaxat indulsit. propter quod à Iure consultis semper appellantur sui hæredes, & nullibi apud eos reperitur hęc appellatio suitas, nec reperitur hoc pronomen suus in hoc significatu sine hærede, sed semper hæ duæ dictiones simul iunguntur, ut suus hæres, & sui hæredes. Et quare filij sui hæredes appellantur, supra diximus.

Suitatis diffinitio secundum Angelum.

Quærunt etiam scribentes quid sit suitas. d. Ang. in. d. l. in suis ponit diffinitionem, quæ minime placet, dicit enim, suitatē esse quoddam ius intellectuale, & directum propter patriam potestatem, & quandam domesticitatē dominij bonorum ascendentium, continuationem ad successores proximos, post mortem immediate inducens.

Longa est profectò, & uix uno spiritu pronunciari potest, sed in ea reprobanda, non est laborandum. Nam si ostenditur, suitatem non esse ius, procul dubio diffinitio corruit.

Quod autem suitas non sit ius, facilè demonstratur, si id quod

sæpius supra dictum est, memoria repetatur, dictum est enim, ius esse ordinationem, seu constitutionem ciuitatis, ut .1. Politi. & in .§. ius autem ciuile, uers. quod quisque. Insti. de iur. nat. gent. & ciuil. Id igitur quod ciuitas non constituit, non est ius, scilicet ciuile, sed hoc nomen suitas non fuit, nec inuentum, nec constitutum à ciuitate, ut supra dictum est, ergo non est ius. si non est ius, ergo diffinitio non est bona.

Non obstat. l. posthumorum de iniust. rup. irri. test. ff. allegata per .d. Ang. non enim ibi dicitur, suitatem esse ius, sed solum dicit, filium qui gradu præcedit, solum habere iura sui hæredis, & nepos, qui in eius locum succedit, eodem modo suorum hæredum iura nanciscitur: Nō dicit iura suitatis, sed iura suorum hæredum, quod perinde est, ac si diceret iura filiorum in primo gradu, & in potestate existentium. Reliqua autem posita in diffinitione per se corruunt.

Tu uerò paucis ita diffinito, seu describito.

Suitatis diffinitio no[ua].

Suitas est nomen quoddam à Doc. inuentum naturam suorum hæredum significans. Hæc ex genere & differentijs cōstat, si bene consideretur, aperitque quid sit, id quod diffinitur, ergo bona.

Rursus scribentes dicunt, suitatem efficere, ut hæreditas patris transmittatur à filio suo hærede, etiam in extraneum hæredem, & dicunt hanc esse communem opinionem allegant tex. in. l. iij. C. de iur. delib. & .l. apud hostes, C. de suis & legit. hæred.

CXV. Declaratio quod suitas non est causa, ut hæreditas transmittatur ad hæredem.

Hereditatis trāsmissio fit in extraneum heredem nō iure suitatis

EGO uerò fateor hæreditatem, nondum aditam à suo hærede transmitti etiam in extraneum hæredem, ut. d. l. manifesté probat, & communis opinio confirmat. Sed id fieri iure suitatis audacter nego. Et ut intelligatur quamobrem hæreditas trāsmittitur, etiam non adita. Repetamus ea, quæ alias diximus, dictum est enim supra in materia bono. posses. Mortuo aliquo, puta Camillo, à ciuitate seu lege, omnia defuncti iura, in unum cumulum colligi, ex qua collectione fit quoddam ius uniuersum. Et quia bona ista, essent sine domino. Hanc ob causam lex facit quandam successionem, cui nomen est hæreditas.

Sed ut clarius intelligatur, finge illam successionem esse unam puellam, quæ uocetur hæreditas, hæc succedit, seu accipit illud

ius defuncti uniuersum, efficiturq; illius domina .l. non minus. .ff de hæred. instit. §. fi. ubi Gaius ait, creditũ est hæreditatem dominam esse & defuncti locum obtinere.

Hoc modo intelligitur tex in .l. nihil est aliud. ff. de uer. sign. dum ait, hæreditas est successio in uniuersum ius, ibi enim illa successio non fit ab homine, sed à lege, & est illa puella, quæ succedit in uniuersum ius, uocaturq; hæreditas. uide Bar. in .l bona in v. colum. uers. quæro ergo. ff. de bon. pos. homo enim multo post tempore succedere potest, hoc est usq; ad triginta annos .l. licet. C. de iure delib. & ibi not. & tamen interim est successio in illud uniuersum ius, succedit igitur puella illa ficta, eritq; bonorum domina tantisper dum ab alio, cui desponsata est, uel à testatore uel à lege accipiatur, hanc autem puellam potuit Camillus in suo testamentó desponsare, cuilibet idoneo tamen.

Finge igitur Camillum in suo testamento spopondisse eam Fabio, hoc est scripsisse Fabium hæredem, hic Fabius antequam accipiat illam puellam, hoc est hæreditatem, solum dicitur hæres hoc est dominus scriptus, non enim est dominus re ipsa, cum nõdum adierit hæreditatem, interim tamen habet ius adeundi, hoc est accipiendi hæreditatem, ius adeundi est ius quærendi ut Bar. ait, in .l. is potest. ff. de acqui. hæred. & est ueluti quoddam instrumentum seu quædam uia, qua hæres potest adire hæreditatem, si igitur Fabius accipiat puellam illam, hoc est si adeat hæreditatẽ efficitur dominus, & illa statim perit, non enim ei licet cum spõso suo morari, & sicubi inuenies appellari hæreditatem, postquã scriptus hæres eam acceptauerit, dicas eo modo appellari hæreditatem, quo homo mortuus appellatur homo, & sic impropriè,

Si uerò hic Fabius moriatur, antequam adeat hæreditatẽ Camilli, non potest illam transmittere ad suum hęredẽ, puta ad Petrum eius fratrem, cum eam non habeat, nemo enim plus cõmodi hæredi suo relinquit quam quod ipse habuit .l. nemo .ff. de reg. iur. & in hoc casu intelligitur tex. §. nouissimo. C. de cadu. toll. ubi Imperator ait, hæreditatem nisi fuerit adita transmitti nec ueteres concedebant, nec nos patimur. Habet .n. locum illa regula in extraneis, qui non sunt ex descendentibus. Hereditas non adita quare non transmittitur, ratio

Et licet hæres scriptus, seu legitimus possit infra triginta ãnos adire, solet tamen à Iudice compelli creditoribus hoc petentibus ut intra aliquod tempus adeat, uel repudiet, ne tanto tẽpore creditores defraudentur, quo fit ut hæres petat sibi dari tempus ad deliberandum, & lege constitutum est, ut ad id faciendum habeat

annum, à tempore quo sciebat sibi delatam esse hæreditatem, si interim expressè is adeat uel repudiet, non est ulterius quærendum.

Transmissio iuris deliberandi.

At si, nec adita nec repudiata hæreditate, dum consultat, intra illius anni spatium moriatur, ius illud deliberandi ad hæredem transmittit, qui hæres eo tempore, quod ex anno superest poterit illam hæreditatem adire seu repudiare. At si elapso anno moriat hæres, ipse cum sua successione ab huiusmodi beneficio excludit .l. cum antiquioribus. C. de iur. delib. si ueró institutus uiuat, poterit ipse usq; ad triginta annos adire hęreditatem, ut not. in. d. l. cum antiquioribus, & .l. licet, eo. tit.

Ex his patet extraneum hęredem posse transmittere ius deliberandi in eius hæredem, Item patet, quamobrem hæreditas nõ adita ab extraneo non transmittitur. l. unica. C. de cadu. tollen.

Hereditas domina

At si moriatur pater, relicto filio in potestate, lex non colligit omnia patris iura, nec facit illud ius uniuersum, & consequenter non facit successionem, hoc est hæreditatem, quæ ut diximus est domina. Ratio est, quod bona, mortuo patre non sunt sine domino, ut erat in casu pręcedenti: nam uiuo patre filius est dominus, habetq; dominium uerum, sed non plenum, habet .n. duntaxat ciuile dominiũ sine administratione, ut alibi diximus; quod quidem dominium, mortuo patre continuatur. l. in suis de libe. & posth. ff.

Et quemadmodum filius uiuo patre erat dominus, ita sine aliquo momento, eo mortuo, est et iam dominus. Non est igitur aliquod temporis momentum, in quo possit esse alia domina, & sic hæreditas. d. l. in suis de lib. & posth. Vbi Iureconsul. ait, in suis hæredibus apparet continuationem dominij eo rem producere, ut nulla uideatur hęreditas fuisse, intellige illum tex. quo ad dominium ciuile: sed quia uiuoe patr filius non habebat bonorũ administrationem, neq; dominium naturale, sed eo mortuo, hæc consequitur, hanc ob causam interdum filij dicuntur ad hæreditatem uocari ut in, §. i. insti. de hæred. quæ abintes. defe. & impropriè quidem, hoc est ad administrationem, & dominium naturale, quasi illa administratio cum dominio naturali, antequam accipiatur á filio, hæreditas existat.

Filius uiuo patre hēt dominium ciuile non naturale

Cum itaq; filii uiuo patre, & eo mortuo, etiam ignorãtes sint domini, hinc efficitur, ut & si non immisceant se hæreditati hoc est administrationi bonorum, illud ciuile dominium transmittant in suum hæredem, utputa Petrum, in quem siue sit testamentarius, siue legitimus, adita filii hæreditate transeunt omnia iura,

quæ erant in hæreditate filij, ut. l. cum heredes. ff. de acqui poss. sed in hæreditate filij, inter alia iura erat dominium illorum bonorum, ciuile inquam quod fuerat etiam patris, ergo & illud trãsit in eius hæredem, & sicut filius poterat consequi dictorum bonorum administrationem, & consequenter dominium naturale, ita etiam & Petrus eius hæres potest succedere patri ipsius Fabij in dominium naturale, & in bonorum administrationem, & hoc modo intelligitur tex. in. d. l. apud hostes, & . l. iij. supra citatis. Intellige sanè dominiũ dũtaxat ciuile transmitti, dominiũ uerò naturale, & bonorũ administratio nõ trãsmittuntur in hæredem.

Est enim duplex dominium, ut diximus in declaratione. l. qui se patris. Vnum ciuile quod à ciuitate est introductum, naturale alterum seu iurisgen. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. Dominium duplex

Quemadmodum enim reperitur obligatio ciuilis & naturalis ut not. Inst. de oblig. in prin. & possessio ciuilis & naturalis, ut not. doct. in. l. i. de acqui. pos. Ita cõsentaneũ est reperiri & ciuile & naturale dominium, cum diuersitatis ratio reddi non possit. l. à Titio. ff. de uerb. oblig. sed naturale sine traditione non acquiritur. l. si ager, & ibi Bar. ff. de rei uend. & . l. traditionibus. C. de pact. & ibi scribentes, & præsertim Ias. uel alijs modis quibus Inst. de rer. diuis. acquiri potest. Ciuile uero sine traditione acquiri certum est. l. fi. C. de sac. san. eccl. & ibi Bar. & Ias. & . l. à Titio. ff de furtis.

Nam quemadmodum ciuitas inuenit ciuile dominium, ita constituit illud acquiri interdum sine traditione. & ubicunque inuenies dominium acquiri sine traditione, dicas illud esse dominiũ ciuile, nec dicas esse speciale, ut aiunt doct. Illud igitur dominium ciuile est penes filium uiuo patre, nõ autem naturale, propter quod dicitur quasi dominus, seu quodammodo dominus. d. l. in suis. ff. de lib. & posthu. & . §. sui. Inst. de hæred. qual. & diff. Ponitur enim illa dictio quasi, & quodammodo ad differentiam eorum, qui habent ciuile & naturale dominium, qui plenè sunt domini, & non quasi. Dominium ciuile põt sine traditione acqui.

Præterea dicitur quasi dominus, quia licet uerũ habeat dominium, non habet tamen plenum, deerat enim administratio bonorum, quæ erat penes patrem. Quod autem naturale dominium non sit penes filium, hoc modo demonstratur, dominium naturale seu iurisgen. ex naturali possessione cæpit esse, ut. l. i. ff. de acqui. pos. Sed filius uiuo patre, non habet naturalem bonorum possessionem, cum administratio sit penes patrem, & filius uti

pars, & instrumentum patris pro patre possideat l.1.§. item acquirimus.ff.de acqui.pos. & sine possessione dominium naturale non acquiritur, ut diximus in declaration.acqui. posses.ff. non est igitur penes filium dominium naturale uiuo patre.

Præterea filius uiuo patre est suus hæres, ergo est quasi dominus, ut. d.l.in suis. At si emanciparetur, desinit esse suus hæres, §. sui. Inst.de hær.qual. & diff. si desinit esse suus hæres, ergo desinit esse dominus: si desinit esse dominus, amittit dominium, sed quod amittit, naturale non, quia emancipatio, qui est actus ciuilis, non potest tollere dominium naturale, ciuilis enim ratio ciuilia quidem iura corrumpere potest, naturalia uerò non utique, Inst. de leg.agn.tut.§.fi.amittit igitur ciuile quod habebat.

Filius quare dicatur quasi dominus

Adde quod dominium naturale acquiritur uel per traditionem præcedenti titulo habili.§.per traditionem Inst. de rer. diui. uel per occupationem seu inuentionem, aliisque modis, de quibus in Inst.de rer.diui. & ff.de acqui rer.dom. Sed nihil horum in bonis patris, eo uiuente intercessit, ergo illorum bonorum naturale dominium non acquisiuit.

Filius uiuo patre habet dominium ciuile dumtaxat.

Habet igitur filius uiuo patre dominium dumtaxat ciuile, quod iure ciuili hoc est ciuitatis constitutione absque supradictis modis acquiri potest, ut diximus

Hoc itaque dominium ciuile mortuo patre, continuatur in filium & inter bona filii connumeratur, quo fit ut adita filii hæreditate, ab aliquo hærede etiam extraneo, illud dominium cum aliis iuribus transeat in hæredem, ut supradictum est.

Ratio igitur quamobrem transmittitur patris hęreditas, etiam ad extraneum non est suitas, sed eo efficitur, quod uiuo patre filius est dominus, illudque dominium cum potestate accipiendi illorum bonorum administrationem, ad hæredem etiam extraneum transmittit.

Nec dicas suitatem esse in causa, ut sint filii quasi domini immo quia filii sunt quasi domini, & ad debitam successionem ratio naturalis eos uocat, dicuntur sui hæredes, ut.l.cum ratio.ff. de bon.damn.ubi Iureconsult.ait, cum ratio naturalis, quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addiceret, uelut ad debitam successionem eos uocando.

Ecce quod antequam essent sui hæredes, ratione naturali ad debitam successionem uocabantur. subdit deinde propter quod in iure ciuili suorum hæredum eis nomen indultum est. Non enim hoc nomen suitas est causa ut hęreditas transmittatur ad extra-

neos,ut aiunt communiter docto. Nam quemadmodum roſeitas non eſt cauſa ut naſcatur odor,ſed roſa ipſa, nec ſaxeitas ſiue lapideitas eſt cauſa ut lædatur pes , ſed ipſe lapis ſeu ſaxum, ita nec ſuitas eſt cauſa,ut tranſmittatur patris hæreditas etiam in extraneum,ſed causa eſt quod filii etiam uiuo patre ſunt domini: elludq́; dominium in eorum hæredem etiam extraneũ, ut ſupra demonſtratum eſt,tranſmittunt. Suitas non eſt cauſa ut tranſmittatur hereditas.

Eſt item alia tranſmiſſio,quæ ut docti aiunt,iure ſanguinis efficitur,ſanguis enim eſt cauſa,ut hæreditas aſcendentium utriuſq; ſexus,quæ natura deſcendentibus debita eſt.l.ſcripto.ff.und.leg &.d.l.cum ratio,tranſmittatur in ipſos deſcendentes. Tranimiſſio iure ſanguinis.

Pone itaq; Camillum eſſe patrem,& Portiam matrem,Fabiũ filium,Petrum filium Fabii,hæreditas Camilli,& Portiæ eſt iure naturæ debita,& Fabio filio , & Petro nepoti ſimul.ut .d.l. ſcripto.&.l.fi.C.de codicil.§.ſi quis uerò in fi. Si Fabius moriatur,nec adita nec repudiata parentum hęreditate: eam in Petrum filium teanſmittit,qui adita patris ſui Fabij hæreditate, poterit 28 hæreditatem Portiæ auiæ,& Camilli aui tanquam ſibi debitã & iure ſanguinis ad ſe tranſmiſſam uendicare.l.unica .C. de his qui an.aper.tab.ubi Imperator ait , memoratas perſonas , nulla præſcriptione obſtante ſibi tanquam debitam uendicare, intellige tu perſonas ad quas ſit tranſmiſſio,ita enim intelligi oportet.

Sed quæritur quamobrem filius non tranſmittat hæreditatem aſcendentis ſibi debitam iure ſanguinis in hæredem . qui non eſt ex liberis,quemadmodum tranſmittit filius,qui eſt ſuus hæres.

Reſponde iure naturæ filii non uocabantur ſui hæredes, nomẽ enim ſuorum hęredum à iure ciuili filijs eſt indultum .d.l.cũ ratio.Eodemq; iure eff ectum eſt,ut ſui hęredes dicantur uiuo patre,quaſi domini.§.ſui.Inſt.de hæred. qual.& diff.&.d.l.in ſuis Filius autem emancipatus,& filij reſpectu matris & aui materni non dicuntur ſui hæredes,ut cuiq; conſtat,ſi non dicuntur ſui ergo non ſunt quaſi domini:illis uiuis,ſi non ſunt quaſi domini ergo nec ciuile nec naturale habent dominium , ſi nec ciuile, nec naturale habent dominium,ergo nihil iuris habent in illorum aſcendentium bonis,nihil igitur poſſunt in hæredem qui non ſit ex liberis tranſmittere.l.nemo poteſt.ff.de reg.iu. ſed ſolum trãſmittunt illorum hæreditatem in eorum filios , quibus etiam eſt quaſi debita,& tanquam ſibi debitam uendicara poſſunt, ut dicit Imperator in.d.l.unica.C.de his qui an.aper.tab.

Si itaq; filius eſt ſuus hæres,& ſic quaſi dominus,illud domi-

nium ciuile, quod in bonis patris eo uiuête habebat, poterat nô solum in descendentes, sed etiam in extraneum hæredem transmittere, ut supra diximus, poterat etiam iure sanguinis transmitter ascendentium hæreditatem, uti debitam in descendentes dũtaxat, & sic habet duo beneficia, quemadmodum idem filius in potestate potest succedere ut suus hęres, uel si malit ut agnatus. l. ij. ff. und. leg. Ita etiam poterit, uti suus hæres transmittere patris hæreditatem, ad hæredem etiam extraneum. Item ut filius dumtaxat, non autem ut suus hæres, potest iure sanguinis ascendentium hæreditatem in descendentes tantum, quibus iure naturæ debita est, transmittere. d. l. unica. C de his qui ant. aper. tabul. & d. l. cum ratio, ff. de bon. damn.

Filius I potestate & iure sãguinis: & uti suus heres pôt transmittere patris heredi tatem

IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM

LIBER QVARTVS

CXV. Declaratio, an ſit facienda continuatio.

SCRIBENTES, varijs in locis diſputant, an continuatio tituli, ad titulū facienda ſit; communis concluſio eſt eā neceſſario eſſe faciendam, ita refert Iaſ. in rub. de actio. Inſti. Vbi citat multos hoc tenentes, quos uidere poteris, potiſſimum eorum fundamentum eſt, in .l. ij. .ff. de ſta. ho. & in .l. cum delanionis. §. aſinam .ff. de fun. inſtruc.

Ego autem ſemper exiſtimaui, hanc communē opinionem, eſſe falſam, ut mox apertè oſtendam: dicit enim Gaius in .l. i. de ſtat. ho. Omne ius quo utimur, uel ad perſonas pertinet, uel ad res, uel ad actiones: ſubdit deinde Hermogenes, cum igitur hominum cauſa omne ius ſit conſtitutum, primò de ſtatu hominū, ac poſt de cæteris, & his proximos, atq; cōiunctos applicantes titulos hoc idem promittit Imperator ſe facturum, in .§. fi. Inſti. de iur. nat. gen. & ciui. per eadem uerba. Continuatio tituli ad titulum non eſt facienda.

Nunc uidendum eſt, an illi ueterum uoluminum collectores, ſeu ut aiunt, Compilatores, ordinem ab Hermogene promiſſum, ſecuti ſint: ſi bene inſpiciatur, claré conſtabit, eos minime ordinē hunc ſecutos, ait enim Hermogenes, dicemus prius de ſtatu hominum, & his applicabimus proximos titulos: qui ſunt hi tituli proximiores titulo de ſta. hom. illi profectò, quos enumerat Imperator in .i. lib. inſti. in quo ipſe etiam promittit, ſe dicturum

de personis,ut .d.§.si. & incipit de iur. pers. sicut Compilatores in,ff.de statu hominum,deinde Imperator ponit,quibus ex causis manu. non lic. qui titulus,non solum non est positus à Compilatoribus in.i. lib.ff.uet.post titulum de stat.homi.sed est collocatus in.ff. no,incipiens,qui & à quibus.

Deinceps Imperator,inter titulos cõiunctos titulo, de iur.pers. posuit titulum de nup. Compilatores uerò non in.i.lib,ff.sed in xxiij. collocauerunt , postea Imperator continuans personarum materias,posuit titulum de tutelis,de auct. tut. de excus. tut. & similes,quos titulos,compilatores,non solum ,non posuerunt in .i.lib.ff. uete.ubi loquuti sunt de stat. homi. sed adscripserũt in Infor. ut uidere licet.

Ex his itaq; sequitur,aut Imperatorem male posuisse dictos titulos in.i.lib. ubi dixerat,se tractaturum de personis, aut Compilatores,non fuisse secutos ordinem Hermogenis, cum non posuerint supradictos titulos , post tit.de stat. homi.qui sunt ei cõiuncti,& proximi,sed nequaquam dicendum est , Imperatorem errasse, ergo collectores,non sunt ordinem Hermogenis secuti.

Accedat ad hoc,q; nulla reddi potest ratio , quamobrem magis unus titulus,quam alius sit ante positus,nam in.ff.uet.xxij.li. reperies prius de proba.& præsump.deinde de fid.instru.postea de testi. in.C. uero in.iiij. lib. prius de proba.mox.de testibus, deinde de fid. instru. item in.ff. post titulum de testi.sequitur titulus de iur.& fac.igno. Sed in .C.ille titulus est post titulum de uet. iur. enucl.in.i. lib. item in.C.post tit.de fid. instru. sequitur titulus commod.qui titulus in .ff. non solum,non est positus post tit. de fid.instru.in .xxij. lib.sed in.xiiij. lib. post titulum de consti. pecu.reperitur.

Si igitur Compilatores uoluissent applicare titulos proximos atq; coniunctos titulo de stat. homi. qui nam erant proximiores coniunctioresq; quam illi, de quibus diximus, & ab Imperatore proximi iudicati sunt,& tamen longè procul,& quidem sparsim,sunt inscripti,ut supra demonstratum est.

Quamobrem si necessariò titulorum continuatio,faciẽda esset, dicendum foret,aut collectores aut Imperatorem errasse , nam si collectores rectè collocassent dictos titulos, Imperator proculdubio errasset, si uerò Imperator bene continuasset , Compilatores utiq; peccassent,quod neutrum recipiendũ est,ergo non est necessario facienda continuatio, sed quisq; eorum suum ordinem,suo arbitratu prosecutus est,

CXVI. Declaratio legis secundæ .ff. de stat. homi.

NON obstat.d.l.ij. ff.de stat. hom. in qua est præcipuum Doc. fundamentum, & pro solutione, sciendum est, Iureconsultos fecisse olim interpretationes, & cõmentarios, super leges superque prætorum edicta, ut patet in .l. i. ff. de orig. iur.

Cum igitur Hermogenes esset facturus interpretationes, seu cõmentarios, tam super leges, quam super prætorum edicta, pollicitus est, se obseruaturum eum ordinem, de quo ipse in .d.l.ij. ne igitur mentiretur in libris suis, debuit eum obseruasse: Compilatores uerò licet posuerint eam legem, non tamen secuti sunt eundem ordinem, ut clarè ex supradictis constat.

Hoc idem fecerunt in.l. i. de stat. homi. ubi ponunt uerba Gaij dicentis, omne ius, uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones, & tamen compilatores, ordinem Gaij minime seruarunt Nam post tractatum de stat. homi. posuerunt secundum articulum, de iudicijs, in tertia uerò congregatione, tractarunt de rebus in septimo, & ultimo articulo ponunt de stipul. & obligatio. ut patet in,l.ij.C.de ueter. iur. enu. in.§. secundus autem articulus cum sequentibus.

Ex his itaque patet, Compilatores non fuisse earum legum ordinem secutos, quamobrem.d.l.ij. intentionem scribentium, minime probat, qua sublata, eorum fundamẽtum omnino corruit, stet ergo uera conclusio hæc, continuatio tituli ad titulum, non est necessariò facienda, nec uera ratio reddi potest, quamobrem tituli sint ita positi, tam in.ff. quam in .C.

Sed quoniam non est uerisimile Compilatores in tam pulcherrimo opere, ita concinne extructo, sine ordine processisse: Hanc obrem, aliquis ordo quærendus est. Dico igitur, eos secutos fuisse ordinem, sibi ab Imperatore iniunctum, qui Tribuniano, alijsque compilatoribus mandauit, ut illa duo milia librorum reducerent, digererentque in quinquaginta libros, reiectis omnibus ambiguitatibus, omnique superfluitate remota, quibus quinquaginta libris, nomen Digestorum, seu Pandectarum imponerent, eosque in septem partes digererent, quas partes Imperator eis distinctè cõmisit, de quibus in ,l.ij. C.de uet. iur. enu.in.i. & ij. col. com-

misit item, ut leges subderent congruis titulis, ut in .§. quibus i .i. consti. C. & quia fines mandati diligenter custodiendi sunt .l. diligenter .ff. mand. idcirco ipsi Compilatores, ad unguem eum ordinem seruarunt, diuiserunt enim indigestum illud opus, in illos quinquaginta libros, prout eis iniunctum erat, & collocarunt leges, sub titulis congruis, ut ex earum lectione patere potest, id quod, & in tit. de legatis fecerunt, fuerat enim mandatum, ut in v. arti. hoc est in quinta parte ponerent duos lib. de testa. & Codicil. ut .d. l. ij. §. quintus, & licet sint incerti multi alij tituli, totus tamen articulus, appellatur de testamen. ut patet in. d. §. quintus, deinde mandauit, ut huic articulo de testa. aggregarēt quinque lib. de leg. & fideicom. ut patet in .d. § quintus. in uer. de legatis autem, & ita fecerunt, ut facile ex eorum inspectione uidere licet.

Continuatio uera tituli de leg. i. ad tit. superiorem.

Continuatio ergo tituli de legatis, uera est hæc.

Supra Compilatores posuerunt articulum de testa. ut sibi iniunctum erat, nunc uerò posuerunt de legatis, ut adimplerent ordinem, ab Imperatore eis demonstratum.

CXVII. Declaratio quomodo legata sint partes testamenti.

QVAErunt scribentes an legata pars sint testamenti. Alex. ait, legata non esse partem testamenti, quia illa est pars sine qua totum esse non potest. l. malum. ff de uer. sig sed testamentum absque legatis existere potest. ergo & c. quod aūt id fieri possit, probatur in l. i. in uer. qui neque ff. de hær. inst.

Soc. & alii docto. hic dicunt, aut quæritur, an legata sint pars testamenti subiectiua, & aiunt esse partem subiectiuam, testamenti in genere sumpti, aut quæritur an sint pars integralis, & negāt esse partem integralem testamenti in genere, sed bene inquiunt ipsi, sunt pars integralis, testamenti in specie, postquam in eo relicta sunt, hæc in summa ex eorum mente, colligi possunt, quæ cuique paulo eruditiori funditus reijcere atque refutare facile foret.

Pars & totum tripliciter capi possunt

Tu uerò pro uera huius rei intelligētia dicito partē tripliciter posse sumi, aliqua enim est pars subiectiua, ut species, respectu generis, aliqua est pars integralis seu integrans, ut est paries ad domum, & hæ duæ partes colliguntur ex uerbis Bar. in .l. qui usumfructum. ff. de uerb. obl. uer. ult. pro declaratione & c. Alia item est pars accidentalis, quæ potest abesse & adesse præter sui

ſubiecti corruptionem, ut claues & clauſtra in domo. l. fundi. ff. de actio. empti.

Si igitur quæris an legata ſint pars ſubiectiua, & tunc dicas legata eſſe partem ſubiectiuam iſtius generis, teſtationis mentis, ſi quidem teſtatio mentis, eſt tanquam genus tranſcendens ſicut ens apud logicos, nam omnis ſermo dicitur teſtatio mentis, uerba n. adeo inuenta ſunt, ut uoluntatem dicentis demonſtrent. l. Labeo. ff. de ſuppel. leg. & teſtamentum ac omnis proteſtatio poteſt teſtatio mentis appellari ut colligi poteſt in l. non ſolum. §. morte. ff. de nou. ope. nun. hoc autem genus ſcilicet teſtatio mentis treis continet ſpecies uidelicet teſtamentum cum hæredis inſtitutione, legata & donationes cauſa mortis. ualet enim argumentum, eſt legatum, ergo eſt teſtatio mentis, ſicut homo eſt, ergo animal eſt non tamen ſequitur, eſt legatum, ergo teſtamentum in ſpecie, ſicut non ſequitur, eſt equus ergo eſt homo. *legatā ſunt pars ſubiectiua iſtius generis teſtatiō mentis*

Teſtamentum enim eſt ſpecies illius generis traſcendentis, quæ teſtatio mentis nuncupatur. Inſti. de teſta. in prin. ubi dicitur teſtamentum eſt teſtatio mentis, non enim ualeret è contrario, eſt teſtatio mentis ergo eſt teſtamentum, quia poteſt eſſe donatio cauſa mortis, ſicut non ualeret eſt animal, ergo homo, non enim argum. de genere ad ſpeciem affirmatiue duci poteſt, Ex his colligitur tam legatum quàm teſtamentum eſſe ſpecies ſubiectiuas huius generis, quæ teſtatio mentis nominatur.

Eſt & aliud genus ſubalternū, uti eſt ſentētia noſtrę uolūtatis de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri uoluit, hæc omnia quidem uerba ſunt loco generis in ultimis uoluntatibus, ut dicit Bar. in. l. i. ff. de teſta. cuius ſpecies dici poſſunt, teſtamentum, legata, ſeu codicilli, donationes cauſa mortis. hoc etiam modo legata appellari poſſunt, pars ſubiectiua iſtius generis, ſequitur. n. ſunt legata, ergo eſt ſententia noſtræ uoluntatis de eo. &c. eodem modo eſt teſtamētū, ergo eſt ſentētia noſtræ uolūtatis de eo &c. *Sententia noſtre uoluntatis de eo &c ē tā quā genus ſubalternum*

Patet itaq; teſtamentum & legatum, eſſe duas ſpecies illius generis, uidelicet ſententia uoluntatis noſtræ, de eo & c. Differentia ſpecifica, qua teſtamentum differt á legato, eſt ille terminus iuſta, id eſt perfecta, in legato enim ſententia eſt iuſta, ſed minus perfecta, ita tenet Bar. in. l. i. ff. de teſta. & Iaſ. Inſti. de teſt.

CXVIII. Declaratio illius dictionis iusta, in .l.i. ff. de testa.

Iusta sententia quomodo intelligitur

TV uerò dicas differentias specificas, ostendi illo uerbo, iusta cum nil aliud significet, quam secundum leges, omnia enim quę sunt à lege diffinita, dicuntur iusta: omnia itaque legitima merito iusta habentur. Arist. v. Eth. circa principium, & ita testamentum est iusta sententia nostræ uoluntatis de eo &c. iusta id est secundum leges, loquentes de testamento, quæ requirũt hæredis institutionem, aliaque solemnia, ut in .l. iubemus .C. de testa.

Item codicilli, est iusta sententia, nostræ uoluntatis de eo &c. iusta, hoc est secundum leges, loquentes de codicillis, quæ tantũ quinque testes sibi postulant .l. fi. C. de codicil.

Item donatio causæ mortis, est iusta sententia, nostræ uoluntatis, iusta, idest secundum leges loquentes de dona. cau. mor. quæ requirunt quinque testes, & stipulationem, seu traditionem, atque partis præsentiam. l. fi. C. de dona. cau. mor. & insti. de dona. & ibi Docto. illud ergo uerbum, iusta, specificas differentias cuique speciei afferre uidetur. Cum itaque tam legatum, quam testamentum, sint species eiusdem generis, non potest legatũ esse pars subiectiua testamenti in specie, species enim, non prædicatur de alia specie, non enim sequitur, est equus, ergo est homo.

Ex his claré patet, legatum esse partem subiectiuam, huius generis, idest sententia nostræ uoluntatis de eo &c. Non tamen est pars subiectiua, testamenti in specie, ut aiunt scribentes.

Legatum non é pars integralis.

Si uerò quæris, an legata sint pars integralis testamenti, in specie, & tunc dicas, nec antequam sint facta, nec postquam sunt in eo facta, sunt pars integralis, pars enim integrans, est ea, sine qua totum esse non potest, ut est paries ad domum, & malus ad nauẽ .l. malum. ff. de uerb. sig. & .l. cũ qui. ff. de usucap. & ibi glos. Sed testamentum, potest esse sine legatis. l. i. ff. de hæred. insti. uer. qui neque legaturus &c. & non solum potest fieri sine legatis, ut ibi, sed si in eo sunt relicta legata, possunt ea in codicillis adimi. Insti. de ademp. leg. remanet tamen firmum testamentum, & sic patet, nullo modo legata esse partem integralem testamenti.

Non obstat id quod dicit Soc. & alij Docto. in l. si is qui testamentum. ff. de testa. ex qua colligunt, legatum esse partem inte

grãtem testamenti, pone enim aiunt ipsi, quod testator proposuerit instituere hæredem, & facere legata, instituto mox hærede, & morte impeditus, non fecit legata, dicunt testamentum non ualere ergo &c. hæc ipsi ad uerbum.

Sed aduerte, quod testamentum ibi non corruit, eò quod legata sint pars integralis testamenti, sed ob id, quia testator mente sua quendam suæ uoluntatis conceptum ueluti formam quandam, conceperat, conceperat enim hæredis institutionem, & legata, & cum expresisset hæredem, obmutuit, non ualet hæredis institutio, eò quòd uoluntas est imperfecta, & nõ expressa, eo modo, quo erat in mente testatoris concepta arg. l. cum hi. §. si Prætor. ff. de transac. ratione igitur imperfectæ uoluntatis, testamentum corruit, nõ eo quia legatum sit pars integralis testamenti: si enim esset pars integralis, non posset à testamento, sine eius destructione remoueri quod est falsum ut Insti. & ff. de adi. leg. sicut non potest paries remoueri à domo, quin domus destruatur, stet ergo conclusio hæc legata, nullo modo sunt integralis testamenti pars.

Si quæris, an legata sint pars accidentalis, dicito audacter id ita esse, & hoc uoluit glos. in rub. nostra, pars enim accidentalis, potest ut diximus, adesse, & abesse sine rei destructione, nam claues, & claustra, si sunt in domo, quis neget ea esse partem domus accidentalem. l. fundi. ff. de actio. emp. & tamen sine domus destructione abesse queunt, ita nemo dicet legata facta in testamento, non esse partem testamenti accidẽtalem, cum in eo insint, pos sint per ab eo á testatore sine testamenti destructione remoueri .d. tit. de adi. leg. Insti. stet ergo conclusio hæc, legata in testamento facta, pars accidentalis ipsius testamenti, uel accessoria, dicenda sunt.

Legata sunt pars accidentalis testamenti

CXIX. Declaratio an hodie sit aliquid differentiæ inter legata, & fideicommissa particularia.

QVæritur, an hodie aliquid differentiæ, intèr legatum, & fideicommissum particulare existat. Vlpian. in. l. i. ff. de leg. i. scribit, legata per omnia exæquata esse fideicommissis. Et Imperator in. §. sed non usque. Insti. de leg. inquit, nullam esse inter legata, & fideicommissa differentiam.

Doctores ferè omnes asserunt, & hodie aliquod legatum à fideicommisso differre: si quidem legataria libertas, longe à fideicommissaria distat: Nam si seruo proprio, quispiam in testamento leg[...] it libertatem, seruus ille, adita hæreditate, directò efficitur liber. l. testamento manumissus. ff. de manumis. testa. Nec hæres ex ea libertate, ius patronatus consequitur: Si uerò libertas relinquatur per fideicommissum, tunc seruus, etiam adita hæreditate, ipso iure, liber nequaquam efficitur, sed manumittendus est ab hærede, & ita hæres efficitur patronus, seruus enim manumissus, est illius libertus, debetque domino operas, ut aiunt, obsequiales præstare.

Apparet itaque inquiunt Doctores etiam hodie esse aliquid differentiæ inter legata & fideicommissa particularia, saltem in libertate: si ita est, ut inquiunt ipsi, quid ergo uult iureconsul. in. d. l. i. dum simpliciter ait, per omnia exæquata sunt legata fideicommissis. Item cur Imperator in. d. §. sed non usque indistincte ait, nullam inter legata, & fideicommissa esse differentiam.

Doctores conatur uarijs modis, hunc nodum dissoluere, sed nulla eorum solutio, uniuersale illam Imperatoris, & negatiuam præpositionem, à calumnia defendit, si quidem præpositio uniuersalis, si in uno peccat, in omnibus redditur falsa: ut ipsi etiam affirmant. Dicemus ne igitur, Iureconsul. & Imperatorem errasse? minime, sed potius dicendum est, Doctores in hoc deceptos fuisse.

Ego uerò solitus sum dicere, dum Romæ legerem, & nunc audacter dico, præpositionem illam, & Iureconsulti & Imperatoris indistinctè esse ueram, nec reperiri legatum aliquod particulare, quod hodie à particulari fideicommisso dissideat.

Nulla est differentia inter legatum & fideicommissum particulare

Et dum Doctores asserunt legatariam libertatem, etiam hodie à fideicommissaria differre, maximopere aberrant. Causa autem erroris ea est, quod putant inueniri legatariam libertatem, sicut fideicommissariam, ut. ff. de fideicommis. liberta. Id quod à uero, mirum in modum discrepat.

Decla

CXX. Declaratio, an in .ff. reperiatur lego libertatem.

EGO quidem ausim dicere, nullibi in legibus digestorum inueniri, lego libertatem, & consequenter nec legatariam libertatem. Et ut facilè hoc cõstet, sciendum est, multis modis posse, proprijs seruis dari libertatem .§ i. Insti. de liber. Antiquitus tamen his præcipue dabatur uidelicet, censu, uindicta, ac testamento: quorum mentionem facit Cicero in lib. i. Topi. Vbi ait, si neque censu, neque uindicta, neque testamento, liber factus est non est liber, Hæc ille, faciendi liberi tres sunt species, ibidem inquit Boetius, vna, ut censu, sit liber. Censebantur enim antiquitus soli ciues Romani: Si quis igitur seruus consentiente, uel iubente domino, nomen suum intulisset in cẽsum, ciuis Romanus efficiebatur. & sic seruitutis uinculo soluebatur, & hoc erat censu, fieri liberum, idest per consensum domini, in censum deferre nomen & effici ciuem Romanum: Hæc Boetius ad uerbum. Erat autem census in quo numerus Romanorum ciuium describebatur. Libertas multis modis dabatur. Censu quo modo quis fiebat liber

Subdit deinceps, erat præterea inquit ipse, pars alia adipiscendæ libertatis, quæ uindicta dicebatur, vindicta autem est uirgula quam lictor serui manumittendi capiti imponens, eundem seruũ in libertatem uindicabat, dicens, quædam solennia uerba: utputa hunc ego hominem iure quiritum liberum esse aio. Vindicta autẽ quomodo quis fiebat liber.

Mox prætor interrogabat, dominum, an contra uendicaret domino negante, uel tacente, iubebat prætor hominem illum esse liberum, de qua uindicta, fit mentio in .§. multis modis. Insti. de liber.

Sequitur deinde Boetius, illa etiam pars faciendi liberi est, uidelicet si quis suprema uoluntate in testamenti serie, seruum suũ liberum scripsit. Erat tamen quædam uerborum formula, qua testator in danda seruo suo libertate in testamento utebatur. Formula autem hæc erat: Titius liber esto, nec alijs uerbis utebatur testator, nec uti poterat. Item Semproni liber esto, ut patet in tot. tit. ff. de manu. testa. Non autem dicebat testator, lego libertatem nusquam enim inuenitur, lego libertatem, si non inuenitur lego libertatem: Ergo nec legataria libertas, arg. à coniunctis, & connexis, quod ualet ut inquit Cicero in Topicis suis.

Quod autem non reperiatur legataria libertas, clarius patet, nam libertas principaliter dabatur inter uiuos, ueluti censu uindicta, de quibus supra, & alijs modis, ut in. §. i. Insti. de liber. sed in hoc non uertitur præsens quæstio, in ultima uerò uoluntate, dabatur libertas quibusdam solennibus uerbis: Erat enim quædam formula, qua testator in manumittendo seruo utebatur, singula enim negotia ãtiquitus singulas habebãt formulas. C. de formu. subla. & alibi plenè diximus.

CXXI. Declaratio quamobrem dicatur libertas directa & hæreditas.

Formula itaq; manumittendi serui, componebatur ex nomine recto, & uerbo imperatiuo, testator enim nuncupabat nomen serui in casu recto, idest in nominatiuo, uel uocatiuo. Hi enim casus, á grammaticis appellantur recti, dicebat enim testator, Titius seu Titi, ecce nomen serui in recto, subdebat deinceps, liber esto, ecce uerbum in modo imperatiui, integra autem formula est, Titius liber esto, ut tot. tit. ff. de manu. testa. clarè constat.

Libertas directa quare dicebatur

Et quia testator in danda libertate, ponebat nomen serui in casu recto. Hanc ob causam dicebatur directa libertas, & seruus dicebatur manumissus, à testatore in testamento, quòd adita hæreditate statim efficiebatur liber, l. manumissus testamento. ff. de manu. testa. Simili enim forma, utebatur testator, quando quempiam directo facere hæredem cupiebat, ponebat enim nomen instituendi, in casu recto, uerbum autem erat imperatiui modi, ueluti Sempronius, seu Semproni hæres esto, quo casu dicebatur hæreditas directo data, seu institutio directa. Et hæc colliguntur ex l. quoniam indignum. C. de testa. & alibi clarê hoc demonstrauimus, in substitutionum declaratione.

Institutio directa quare dicitur.

Huiusmodi enim formula, testator utebatur, quando ipsemet uolebat manumittere seruum, & eo casu hæres non efficiebatur patronus, nec habebat ius patronatus, quando uerò testator nolebat à se manumitti seruum, sed uolebat illum ab hærede manumitti, ut eius fieret libertus, & tunc rogabat hæredem, eiusq; fidei committebat, ut seruum manumitteret, & tunc libertas appellabatur fideicommissaria. ff. de fideicom. liber, per tot.

Sed lego libertatem nusquam inueniri, ausim dicere, & conse-

quenter nec legataria libertas inueniri potest, quo nam igitur modo inter legatariam libertatem, & fideicommissariam, differentia esse potest, si legataria libertas in digestorum libris non reperitur Hæres item cuius fideicommissum erat, ut seruum manumitteret, aut censu, aut uindicta, aut testamento, manumittebat, si in testamẽto utebatur formula illa composita, ex recto casu, nominatiuo, & uocatiuo, hi enim sunt recti, & uerbo imperatiui, ut puta, Semproni liber esto. Quamobrem illa libertas data ab hærede, poterat dici & fideicommissaria & directa. Fideicommissaria, quod fidei hæredis á testatore id fuerat commissum. Directa, quia ab hærede directis uerbis in testamento manumittebatur, ut puta Semproni liber esto, & ex supradictis manifestissimè constat, nullam hodie differentiam inter legata, & particularia fideicõmissa inueniri.

Libertas quãdo eadẽ pōt dici & fideicõ. & directa.

CXXII. Declaratio .l. sed & si sic. §. i. .ff. de leg. iii.

NVPER pollicitus sum, me ueram intelligentiam .§. i. l. sed & si sic. ff. de leg. iij. manifestaturum, id quod nunc facere cõstitui, sed ut clarè res ipsa explicetur, referam prius communem ad illam legem intellectum, deinde eum reprobabo, postremo noua scribetur declaratio.

Hæc igitur ut fiant, diuidito illum .§. in tres partes, in prima ponitur decisio, simul & dictum, in secunda, redditur decisionis ratio, in tertia, ponitur altera ratio, secunda ibi, quoniam, tertia ibi, nec enim recipiendum, ita tex. diuiso. Summa breuis secundum communem intellectum hæc est. Hæres hæredis, nomine proprio grauari non potest.

Textus diuisio

Casus secundum Doc. huiusmodi fingatur, sed antequam ad eum deueniatur. Præmittendum est in .l. præcedenti, fuisse ab Vlpiano decisum, hæredem hæredis posse nomine appellatiuo grauari, hoc præmisso, ita casum secundum eos fingito.

Homo quidam, á Paulo Iureconf. petiit inquiens, testator quidam, instituit Seium hæredem, & dixit si stichus seij, fuerit hæres à Seio domino institutus iussuq́ eius hæreditatem adierit, rogo ut ipse stichus factus hæres seij, det Camillo decem, deinde, cum stichus fuisset factus hæres seij, idem Camillus petiit sibi dicta decem ab ipso Stiho præstari qui quidem hoc facere recusauit, quærebatur, nunquid possit ipse Stichus ad id soluendum cogi, quo

Cõmunis casus positio

casu audito, respōdit Paulus, dictum Stichum minime cogendū, cum tale fideicommissum nō ualeat.

Sum in secunda parte, in qua rursus homo ille quæsiuit, inquiens, quæ nam ratio reddi potest, quamobrem Stichus cogi non possit, cui Paulus respondens ait, quoniam qui fortuitu & non iudicio testatoris consequitur hæreditatem, uel legatū, non debet onerari, subdit deinde aliam rationē etiam nō interrogatus inquiens, non esse recipiendum, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges, & hoc in tertia parte. Hic est communis intellectus, quem ponit ibi glos. sequuntur omnes doct. quos ego uiderim, refert Ias. ad uerbum fere in. l. cum filiosfamilias in nona col. in uers. secunda conclusio. ff. de leg. i.

Colligunt doc. ex hoc tex. secundum eorum intellectū, illud quod in summa dictū est, uidelicet hæredem hæredis nō posse nomine proprio grauari, ita in secunda & tertia parte illud uulgare, uidelicet, quem non honoro, non onero. l. ab eo. C. de fideicomm.

Quærunt scribentes, quænam ratio reddi possit, quamobrem si grauatur nomine appellatiuo, ualeat fideicommissum, si uero nomine proprio, minimè. Respondet glos. quam sequuntur fere omnes inquiens, hanc esse differentiæ rationem, in primo enim casu, scriptum hæredem habere aliquem hæredem ex testamento, uel ab intestato necesse est, sed Stichum qui est nominatus, hæredem fieri Seii, est a fortuna, cum multos alios scriptus hæres habere possit hæredes.

Ratio scribentium.

Hanc rationem sequitur Bar. cuius uerba hęc sunt. Certum est, inquit, scriptum hæredem, cuius hæres grauatus est, habiturū aliquem hæredem uel loco hæredis, sed quando hæres hæredis grauatur nomine proprio, tunc nominatus habet ex fortuna non ex testatoris uoluntate, seu ex defuncti iudicio, quamobrem non potest grauari, hanc Bar. rationem fere omnes sequuntur. hoc idē dicit Bal. Vbi inquit, si nominatus nomine proprio succedat, hoc ipsum habet à fortuna, & ideo grauamen ei inferri non potest.

Ex hoc infertur inquit ipse, si testator dicat, instituo filium meum hæredem, & si decesserit cum filia hærede, rogo ut ipsa filia det centum Sempronio, huiusmodi legatum, ut ipse ait, non ualet, cum habeat à fortuna.

Hæc distinctio inter proprium & appellatiuum nomen mihi nequaquam satisfacit, non enim uideo quamobrem magis habeat ex fortuna, hæres nomine proprio, quàm appellatiuo nominatus, Sed dicent ipsi hoc ideo fieri, quia in secundo casu, necesse

eſt,ut quis habeat aliquẽ hæredẽ, & ſic ille hæres quicũq; ſit,nõ habet ex fortuna. ſed quæro ab eis,nõne & in hoc caſu hæres ſcriptus habet hæredem ex fortuna,potuit enim ſcriptus hæres omnia bona ſua donare, diſpergere,aut aliquo fortuito caſu,aduerſante fortuna, amittere, in cuius manibus omnia ſunt poſita, ut inquit Cicero in Paradoxis. Si igitur ſecundus hæres habebit bona primi hæredis ſcripti, hoc fortunæ adſcribendum eſt, quæ à primo hærede ea bona non abſtulit, Hoc idem tangit Soc. in.l. cum filiofamilias,in quarta col.uer.quinto poteſt.ff.de leg.i. Ratio ſcribẽtiũ nõ eſt bona.

Ratio igitur reddi non poteſt, quamobrem magis nominatus proprio quàm appellatiuo nomine grauari poſſit: hinc Petrus de Beſu.ut refert Soc.in.d.l.cum filiofamilias, in quinto col. tenuit heredem hæredis, nominatum etiam nomine proprio poſſe grauari:motus fundamentis,quæ refert ibi Soc.Hanc concluſionem uidelicet, hæredem hæredis nomine proprio poſſe grauari, dicit Iaſ.in.d.l.cum filiofamilias,in nona col.eſſe ualde rationabilem.ſubdit tamen pro communi opinione eſſe tex. clarum in .d.l.ſed & ſi ſic.§.1. quamobrem à communi recedendum nõ eſt, inquit ipſe.

Profectò ille tex.intellectus,ut communiter intelligitur,eſt ineuitabilis:ſed mox apertè oſtendam huiuſmodi communem intellectum nequaquam eſſe recipiendum,& textui aduerſari. Dicunt enim ſcribentes ibi fuiſſe inſtitutum hæredem quendam Seium, deinde teſtator ita dixit,ſi Stichus Seii, erat enim Stichus ſeruus ipſius Seii, fuerit inſtitutus à Seio domino, eiuſq; iuſſu adierit hæreditatem,rogo det,& c.hic intellectus quam ſit à uero alienus,nulli non patebit.

Dicant obſecro ſi ita eſt,quonam modo illa uerba tex.uidelicet iuſſu eius adierit hæreditatem, poſſunt communi ſenſui accõmodari. Aut enim Seius dominus mortuus eſt,aut non, ſi mortuus eſt, quonam pacto iubebit ſeruum adire hæreditatem, cum mors omnia ſoluat.§.deinceps.Aut.de nupt. Mortui igitur nec iubere,nec aliud quicquam uelle poſſunt. nec poteſt dici, Seium uiuentem mandaſſe, ut poſt mortem ſuam Stichus hæreditatem adiret,quoniam iuſſus de uiui hæreditate adeunda,non ualet.l.ſi quis mihi bona.§.ſed utrum.uer.ſed ego non puto .ff. de acqui. hæred.& eo uiuente, eius hæreditas adiri non poteſt. Viuentis enim nulla eſt hæreditas.l.qui ſuperſtitis.ff.de acqui.hær.

Præterea dicunt ipſi teſtatorem inſtituiſſe Seium dominum, grauaſſeq; Stichum eius ſeruum, ut ſi Seio domino ſuo hæres fi-

eret daret aliquid. Non est dubium Stichum ab intestato nō posse Seij domino hæredem effici, seruus enim domino intestato nō succedit. Oportet igitur fuisse institutum, at serui institutio sine libertate non ualet. Insti. de hæred. inst. in princ. Si diceres Stichū fuisse cum libertate institutū habuit enim libertatem expressam uel tacitam, uel subintellectam, ut Inst. ibidem, ad quid igitur dicit tex iussuꝗ eius adierit hæreditatem, cum iussus non requiratur nisi in seruo uel filiofamilias. l. si quis mihi bona. §. iussu. ff. de acqui. hæred. Habet itaꝗ huiusmodi intellectus pugnantiam quamobrem reiiciendus est. l. i. C. de furt. & l. ubi repugnantia. ff. de reg. iur. quærendus est igitur alter intellectus illi textui magis cōsentaneus, qui quidem iudicio meo erit huiusmodi.

Nouus intellectus

Quidam instituit Seium hæredem, deinde dixit, si Stichus Seii, facias hic subdistinctionem, hæres factus, non dico à Seio domino sed ab alio, puta à Fabio, & iussu eius scilicet Seij domini, illam Fabii adierit hæreditatem, rogo scilicet Stichum seruū ut det decem Flanimio.

Quærebatur, an tale fideicommissum ualeret, uidebatur dicendum ualere. nam cum testator instituerit Seium dominum, quemadmodum potuisset sine dubio ipsum Seium grauare, ita dicendum uidebatur potuisse, & Stichum eius seruum, nam si instituo seruum, possum sine controuersia dominum grauare. l. cum filio familias. ff. de leg. i.

Ita si instituo dominum, deberet mihi licere eius seruum grauare, sunt enim correlatiua, & quod in uno correlatiuorum conceditur, concedendum est etiam in altero. l. fi. C. de indic. uidui. tollen.

Hoc tamen non obstante Iurecons. duplici ratione contrariū determinat. Prima est quoniam Stichus fortuito casu, & non testatoris iudicio, illam consequitur hæreditatem, nam ut Stichus instituatur ab alio, hoc est à Fabio, ex fortuna pendet. sed hæc ratio sola sufficiens non uidebatur, quoniam & qui ex fortuna cōsequitur, interdum grauari potest. ut in. l. præcedenti. Quamobrem altera subiicitur ratio, per dictionem nec, quæ copulam implicitam continet, exponitur enim nec, id est & nōn. Altera igitur ratio ea est: quia bona grauantis, neꝗ immediatè, neꝗ saltem mediatè perueniunt ad ipsum Stichum, id quod fieri necesse est, ut fideicommissum ualeat. l. Nesennius. §. seruo, ibi, dominus. n. ideo tenetur, quod ad eum peruenit. l. si alienus seruus. ff. de leg. i. ibi, is ad quem emolumentum et c. Sed in casu nostro nullum

Dictio nec habet copulam ī se

emolumentum á grauante ad ipsum Sichum peruenit, fuit enim institutus ab alio quàm à grauante, puta á Fabio, Item nec iudicio grauantis expresso uel saltem tacito quicquam habet. quod & copulatiuè requiritur, ut diximus ergo & c.

Si hoc modo hic. §. intelligitur (ut intelligi debet) huiusmodi hæc conclusio colligi rectè potest, uidelicet,

Hæres hæredis tam proprio quàm appellatiuo nomine, grauari potest. cui conclusioni solus hic. §. secundum communem interpretationem inexpugnabilis obstabat, sed uerè intellectus nequaquam obest, quoniam Stichus grauatus, non est hæres hæredis, & ideo grauari non potuit.

Heres here dis tã proprio quam appellatiuo nomine grauarĩ potest

Non obstat ratio dubitandi, nam dominus ideo grauari põt instituto seruo, quia saltem mediatè ex legis dispositione, ab ipso grauante est honoratus, & ad eum grauantis hæreditas peruenit. d. §. seruo. sed instituto domino seruus grauari minimè potest, quia ad seruum neq; mediatè neq; immediatè, bona grauantis perueniunt. ergo & c. l. ab eo. C. de fideicom. nusquam enim ut opinor reperitur, ut domino instituto, seruus grauari possit, nisi eo casu quo ipse seruus esset hæredis hæres, iuxta. l. si fuerit. §. fi. ff. de leg. iij. Habes igitur ueram declarationem. d. §. i. quã arbitror non solum textui consentaneam, sed uerissimam.

CXXIII. Declaratio quamobrem in. l. quærebatur in fi. ff. de milit. testa. legata á priore hærede relicta à posteriore non debeantur.

QVAERI solitum est, quænam sit ratio, quam ob causam in. l. quęrebatur in fi. de mili. testa. legata a priore hærede relicta, a posteriore minus debeantur. cum & is sine dubio sit substitutus, ut clarè constat in. l. miles ita. ff. de mili. testam. in prin. in uers. nemine substituto.

Ego uero de hoc interrogatus omissis aliis, Respodi, legata ab instituto relicta, ideo a substituto deberi, quod quadam legis coniectura, ex testatoris uoluntate sumpta, a substituto repetita censentur, id quod ex. l. licet Imperator. ff. de leg. i. colligi potest, ibi, uideri ex uoluntate testatoris repetita a substituto. & c. & ibi, si non fuerit euidens diuersa uoluntas, huiusmodi igitur

repetitio ſine dubio ex legis interpretatione procedit , id quod clarè apparet , ex illis uerbis uideri repetita, ergo ubicunq; talis legis coniectura ſeu interpretatio locum non habet, nec illius legis, licet Imperator, deciſio locum habebit.

Lex in teſtamento militis nihil ſubintelligit.

Sed in teſtamento militis, nec legis coniectura, nec interpretatio quicquã ſubintelligit, id quod & lege & ratione apertè probatur.

Lex autem quæ hoc probat, eſt. l. i. ff. de mili. teſt. in pluribus uerbis. primo ibi, ſi ad diligentiam, & obſeruantiam. & c. ſecundo ibi , nuda uoluntas teſtatoris , & ſi exponeres illud uerbum nuda, ut ait ibi glos. nuda ſcilicet a ſolennitate , non autem a legis interpretatione fortaſſe hoc poſſet admitti, ſed dum dicitur, teſtamenta militum non debere ad diligentiam & obſeruantiam legum reuocari, ſi huiuſmodi uerba, ſaltem illud uerbum diligentiam, id quod dixi, non ſignificarent, eſſent profecto ſuperflua, ſufficiebant enim illa uerba, ſcilicet nuda uoluntas, & illa, & ad obſeruantiam legum. & c. Si igitur illud uerbum diligentiam, q; dixi non ſignificaret, nihil prorſus operaretur , id quod minimè recipiendum eſt, debet enim unumquodq; uerbum aliquid operari. l. ſi quando. ff. de leg. i. Quamobrem ſi interpretaberis illud uerbum obſeruantiam, hoc eſt ſolennitates, quid aliud igitur ſignificabit illa dictio diligentiam, niſi id quod dictum eſt, non enim ibi & diligentia & obſeruantia idem ſignificant, ſunt. n. diuerſa nomina, & ubi diuerſa nomina, & uti diuerſa ibi ponũtur id quod demonſtrat illa dictio &, quę inter diuerſa ponitur, ut in tit. de iur. & fact. ign. & ibi not. diligentia ſanè cura quædam & ſollicitudo eſt. l. igitur ſua cura in teſtatoris diſpoſitione aliqui quod a teſtatore omiſſum eſt intelligit . l. nã hoc iure . ff. de uulg. & pupil. ſub. ubi Iurecons. ait ſi pater filio in alterũ caſum ſubſtituit, in utrunq; caſum ſubſtituiſſe intelligatur: intelligit ergo. l. id quod teſtator omiſit. Hoc enim uerbum intelligo ex in & lego componitur, interpretaturq; quaſi intus lego. lex enim quando aliquid intelligit, in interiori diſponentis mente legit, hinc dici ſolet, minus ſcriptum & plus dictum . l. cum auus . ff. de cond. & demon. tunc igitur legis intelligentia appellatur, quando lex ex teſtatoris mente , id quod minus dictum eſt, ſubintelligit.

Cum itaq; militum teſtamenta ad intelligentiam legum non deducantur. d. l. i. ff de mili. teſt. efficitur, ut in eis ſine dubio, nec legis coniectura nec interpretatio locum habeat.

Repé

Ratio autem, quæ hoc ipsum confirmat, talis est, ius accrescendi a legis dispositione, ex tacita testatoris mente inducitur, ut declarat Bar. in. l. si in testamento. ff. de uulg. & pupill. sub. est. n. quædam quasi legis substitutio. l. si Titio & Meuio. §. Iulianus, ff. de leg. ij. quæ ex tacita testatoris uoluntate a lege inducitur, nunc ducatur arg. hoc modo, Si ius accrescendi alicubi locum non habet, hoc ideo fit, quod lex nihil ibi subintelligit; sed in testamento militis ius accrescendi locum non habet. l. si duobus. ff. de testa. milit. ergo in eo testamento lex non subintelligit.

Ex his satis constat in testamento militis a lege nihil subintelligi, nihilq́ ex tacita militis testantis uoluntate induci.

Vera igitur ratio est, quamobrem in. d. l. quærebatur in fi. legata ab instituto relicta a substituto repetita non cēseantur, quia talis repetitio ex legis dispositione: seu intelligentia inducitur. d. l. licet Imperator, sed intelligentia legis in testamento militari, locum non habet. d. l. i. ff. de mili. testa. & supra demonstratū est. per consequens, nec in dicta lege quærebatur, cum ibi de militari testamento agatur, si igitur in. d. l. quærebatur in fi. intelligentia legis locum non habet, meritò legata à substituto repetita non censetur, cum talis repetitio ex legis dispositione, seu intelligentia sine dubio fiat. d. l. licet Imperator ibi, uideri ex uoluntate testatoris repetita à substituto, hæc autem legis intelligentia in pagano sæpe operatur, nisi euidens fuerit diuersa testatoris uolūtas. d. l. licet Imperator, in milite uerò nunquam operatur, quoniam militis uoluntas nuda, & uti apparet, seruanda est. d. l. i. ff. de mili. testa. hæc igitur est uera ratio.

CXXIIII. Declaratio uerbi lego.

VVlgata est quæstio, an uerbum lego relatum ad bonorum uniuersitatem, ut puta lego tibi omnia bona mea, uel hæreditatem faciat hæredis institutionem, uel substitutionem, nullo tamen alio hærede instituto, uel substituto. Doctores super hoc in duas acies diuisi sunt.

Alij enim tenent esse hæredis institutionem, propterea quando uerbum commune, quale est relinquo, ad uniuersitatem bonorum refertur nullo alio hærede instituto, significat hæredis institutionem, sed uerbum lego, inquiunt ipsi, est cōmune, potest enim, & ad hæredis institutionem & ad legata accommodari l. uerbis

legis.ff.de uerb.sig. ergo &c. Et de hoc aiunt esse casum in te. Raynaldus ex.de testa.

Alij uerò tenent huiusmodi uerbo lego, non comprehendi hæredis institutionem, nam uerbum lego habet, aiunt ipsi ex communi usu separatam, & specialem significationem, estq́ specie distincta ab actu hæredis citant. d.l. uerbis legis. Non trahitur igitur ad hæredis institutionem, citant tex. in.l. mulier. §. fi. ff. ad Trebel. & hæc opinio uidetur communis & colligitur ex Doc. in.l.i.ff. de leg.i. in.l. his uerbis. ff. de hæred. insti. & in.l. centurio. ff. de uulg. & pupil. sub.

Tu uerò pro huius quæstionis ueritate, præmitte q̃ apud ueteres, legum conditores unaquæq́ actio, unumquodq́ negotiũ, suam habebat formulam, quæ deinde fuerunt sublatæ. C. de formu. subla. inter quas erat etiã instituẽdi hæredis formula, qua nõ seruata, tabulæ & mortuorum iudicia, irrita fiebant: forma autem ea erat, q̃ nomen hæredis instituendi, ponendum erat in rectis casibus, idest in nominatiuo uel uocatiuo. Hos enim casus grãmatici uocant rectos, alij uerò casus dicuntur inflexi, seu obliqui ut idem grammatici attestantur. Verbum uerò esse imperatiui modi necessarium erat, hoc probatur in.l. quoniam indignum. C. de testa. ubi Constantinus Imperator ait, hodie non referre, utrum institutio fiat imperatiuis, & rectis uerbis an inflexis, cum sit sublata inanis illa uerborum obseruatio. Ergo olim ante Constantinum, multum immo totum referebat rectis ac imperatiuis uerbis, an inflexis fieret institutio. Si enim rectis & imperatiuis facta erat, ualebat profecto &c. At si inflexis irrita fiebat, ut patet in.d.l. quoniam indignum, & aduerte q̃ in litera menda est: scriptum est enim directis cum legendum sit rectis. Et hoc innuitur ex eo q̃ statim subdit: an inflexis.

Forma institueñdi hæredẽ olim

Menda in .l. quoniã indignum

Exemplum huiusmodi formulæ, ponitur in.l.i. ff de hæred. insti. ibi, Lucius Titius mihi hæres esto, & adeo hæc forma obseruabatur, ut dubitatum sit, an hæc institutio ualeret, Titius hæreditatis meæ dominus esto. Marcianus tamen in.l. his uerbis. ff. de hæred. insti. ait recte id fieri, ratio in promptu est, quia nomen in recto, & uerbum in modo imperatiui positum est.

Constat ex his itaq́, ante Constantinum Imperatorem, necessarium testatori fuisse, & recto casu, & modo imperatiuo in hærede instituendo uti. Et si ubi aliter reperies, dicas id factum esse post legem quoniam indignum.

Et ex hoc sequitur, ante Constantinum, neminem potuisse, quẽ

piam sibi hæredem facere, per uerbum instituo, nec per uerbum relinquo, minimeq; per uerbum lego, propterea q; si nomen hæredis ponatur in recto, & uerba huiusmodi in imperatiuo modo, nihil significaretur.

Institutio hæredem & lego l ibe ita tem ante ,l. quoniā indignum non reperitur

Pone enim, quempiam uoluisse Lucium Titium hæredem facere, si posuisset nomen Lucij Titij in recto, prout necesse erat poni, & uerbum relinquo, seu lego in imperatiuo, imperfecta omnino fuisset oratio, nihilq; significasset. Vtputa, Luci Titi lega, seu relinque, nec enim testator poterat dicere, Lucium Titium instituo hæredem, uel Lucio Titio lego seu relinquo bona mea omnia, quoniam ut demōstratum est, non poterat testator uti uerbis inflexis, & si utebatur, nihil agebat, cum irritæ fierent eius tabulæ. d. l. quoniam indignum.

CXXV. Declaratio, qua ostenditur in. ff. non reperiri Instituo hæredem.

HINC ego in legendo ausus sum dicere, nullibi reperiri ante. d. l. quoniam indignum, ita à testatore dispositum esse, uidelicet, instituo Titium hęredem, licet sæpius reperiamus à Iureconsultis ita scriptum, si quis instituerit hæredem uel si quis institutus fuerit hæres, non id circo sequitur testatorē fuisse usum hoc uerbo instituo, sed est perinde, ac si Iureconsulti dicerent, si quis ordinauerit hæredem, uel ordinatus sit hæres, quoniam nil aliud significat hoc uerbum instituo, quam ordino, & ita reperies apud doctos, & in commentarijs Cæsaris reperitur, instituit castra, instituit aciem, & similia, ita etiam intelligitur titulus. ff. de hęred. insti. idest de hæredibus ordinandis, per formulam tamen propriam, non per uerbū instituo, & hoc expressè probatur in. l. si quis. ff. de hæred. insti. ubi Iabolenus ait.

Instituo idem quod ordino

Si quis hæredes ita instituit, q; perinde est, ac si diceret, si quis ita ordinauit, seu scripsit, subdit postea formam, qua necesse erat testatorem uti, & est hæc, Titius ex parte prima, Meuius ex parte secunda, hæredes sunto, & in. l. sequenti dicitur, si quis ita hæredem conscripserit, deinde ponit uerba testatoris, uidelicet, Titius ex parte dimidia hæres esto &c.

Ecce ergo, q; licet Iureconsulti sæpius dicant, si quis instituerit, si quis scripserit hæredem, non tamen sequitur testatorē usum fuisse uerbo instituo, seu scribo, cum ipsi statim ponant uerba

testatoris, in quibus nomen hæredis ponitur in rectis, & uerbum in imperatiuo modo, prout poni necesse erat, ut supra diximus.

Et ex his audacter dici potest, Doctores longè aberrasse dum in .l. uerbis ciuilibus, aiunt uerbum instituo esse uerbum directum ciuile: cum olim, non potuisset fieri institutio, per hoc uerbum instituo ut dictum est.

Verbum lego & relinquo olim non trahebatur ad heredis institutionē.

Stet itaque firma conclusio hæc, uidelicet, uerbum lego, seu relinquo adiectum uniuersitati, etiam nullo alio instituto hærede non trahebatur olim ad hæredis institutionem ante .d. l. quoniā indignum, & ita intelligatur .d. l. si mulier, §. fi. ff. ad Trebell. cum similibus, & doctores qui hanc partem tenent.

CXXVI. Declaratio legis uerbis legis. ff. de uerb. sign.

NON obstat tex. in. l. uerbis legis, ubi uidetur probari per uerbum lego, potuisse olim fieri hæredis institutionem. Pro illius tex. intelligentia sciendum est, uerba legis duodecim tabularum uario modo referri, ac scribi à legislatore. *Imperator* enim Inst. ad. l. Falc. ait hæc fuisse,

Vti quisque legasset suæ rei ita ius esto: eadem uerba sunt in. d. .l. uerbis. in Aut. uerò de nupt. §. disponat, aliter referuntur, uidelicet, Vti quisque legasset de re sua, ita ius esto, aliter refert Cicero in Rhetoricis, Vbi inquit, lex est uti paterfamilias de familia, pecuniaque sua legasset, ita ius esto.

Et cum prius dubitassem quo nam pacto grammaticè possent construi illa uerba, in d. l. uerbis legis, uidelicet, uti quis legasset rei suæ. &c. cum uerbum lego, non postulet sibi genitiuum, uidens deinde in d. §. disponat, scriptum esse, uti quis legasset de re sua, & apud Ciceronem, Vti quis legasset de pecunia sua, Cogitaui illum genitiuum in. d. l. uerbis, pro ablatiuo more Græcorū positum esse, qui carentes ablatiuo, pro eo utuntur genitiuo. Et lex duodecim tabularum fuit scripta in Græcia, & inde Romam translata. §. & non eleganter, Inst. de iur. nat. gen. & ciuil. & l. i. ff. de orig. iur. & est perinde ac si dixisset, Vti quis legasset de re sua & dum ait lex, uti quis legasset de re sua, id est uti quis re... ...set, decreuisset, disposuissetque in testamento de re sua. Hoc enim significat hoc uerbum lego, apud probatos authores.

V P S

Et ita interpretatur Imperator, in Aut. de nupt. in. d. §. dispo-nat, ubi pones quasi glos. legis duodecim tabularũ, Disponat in-quit unusquisque in suis, ut dignum est, & sit lex eius uoluntas, subdit, sicut lex antiquissima, & prima penè reipublicæ Roma-norum disponens ait, Vti legasset quisque de re sua, ita ius esto. Vides igitur quod ubi lex dicit, legasset, Imperator ait disponat. Subdit Iuriscons. in d. l. uerbis inquiens, his uerbis legis, id est ab his uerbis legis duodecim tabularum, ponitur enim datiuus pro ablatiuo, quod crebrò fieri solet, ut amanda est mihi uirtus, id est à me, & Virgilius. Is mihi crinei nemoris dicatur origo, ubi exponitur mihi pro à me. Ab his inquam uerbis legis duo-decim tabularum, uidelicet, uti quis legasset rei suæ, ita ius esto, latissima potestas tributa uidetur, Ait Modestinus, uidelicet hæ-redes instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque constituendi.

Est ergo sensus, quod ab illis uerbis, data est latissima pote-stas testatoribus instituendi quoscunque hæredes, etiam incapaces, utputa peregrinum, deportatum, seruum de adulterio conuictũ, item in metallum damnatos: cum uolũtas testatoris in re sua lex esset. §. disponat, ibi, sit lex eius uoluntas, & in. d. l. uerbis: ibi, ita ius esto, non tamen uult Modestinus, quod apud Romanos potuisset quis facere hęredem, per uerbum lego, quod fieri non poterat, ut supra demonstratum est.

Vel dicas uerba illa, his uerbis, esse casum datiui, data est igi-tur potestas à legumlatoribus, his uerbis, uti quis &c. nec enim ait lex huic uerbo, lego, data est latissima potestas, sed ait his uer bis, uidelicet, uti quis legasset suæ rei ita ius esto. Ab illis etiam uerbis, data est potestas testatori dandi legata quæcunque & cuicũ que, non tamen per uerbum lego, sed per suas formulas.

Erant enim olim quatuor legandi formulæ, uidelicet per uen-dicationem, per damnationem, per præceptionem, & sinendi mo do, ut in. §. sed olim. Inst. de leg. inter quas non erat uerbum lego. Legandi formule ãtique

Item ab illis uerbis, data erat potestas dandi libertates, non ta men per uerbum lego: Nullibi enim reperitur dictum à testatore lego libertatem, quamuis reperiatur libertas legata, quæ tamen non sunt uerba testatoris, sed Iureconsulti, & est perinde ac si di ceretur libertas decreta, seu relicta in testamento. Forma autem dandi libertatem in testamento erat huiusmodi uidelicet, liber esto, ut per tot. tit. ff. de manu. testa. nec aliter dari poterat.

Et ex his apparet, ex. d. l. uerbis, non colligi uerbum lego esse commune tam ad hæreditates quam ad legata. Quoniam nec legata, nec hæreditates, olim per uerbum lego dari poterant, sed solum colligitur, quod ab illis uerbis, uti quis legasset. &c. data erat latissima potestas testatoribus quoquo modo de familia, pecuniaq; sua disponendi, & eorum uoluntas erat ius, id quod hodie est coarctatum, non enim potest testator quamlibet instituere hæredem, sunt enim plures, qui hæredes institui minime possunt nec eis legari potest, quos enumerat glos. in. §. legari Inst. de leg.

Nec etiam hodie licet testatori totum suum patrimonium legatis erogare, & si id fecerit, eius uoluntas non est penitus lex, sed detrahetur quarta ex lege Falcidia Inst. ad. l. Fal. in prin.

Et hæc quæ dicta sunt, procedebant ante. d. l. quoniam indignum. C. de testa. à Constantino Imperatore conditam, in qua ab eo remota est, inanis illa uerborum obseruatio, & formula instituendi hæredis, sancitumq; est. posse hæredem institui, tam imperatiuis, & rectis, quàm inflexis uerbis, nec enim hodie refert. si quispiam dixerit Titius hæres esto, uel Titiũ hæredem facio seu instituo, seu relinquo, uel lego omnia bona mea Titio, seu dimidiam partem hęreditatis: si quidem institutio quolibet loquendi genere formata, seu quibuslibet confecta sententiis hodie ualet, dummodo uoluntatis intentio liqueat. ut expresse dictus Cõstantinus in. d. l. quoniam indignum, constituit, & claré probatur in. d. c. Raynaldus, quod fuit factum post. d. l. quoniam indignum.

Sed quando quis legat Titio omnia bona, & per consequens ius uniuersum, tunc expressê liquet testatoris intentionem esse, uelle facere Titium hęredem, tunc Titius sine controuersia erit hæres. Et ita hoc tempore, idest post. l. quoniam indignum, erit uera opinio Doctorum tenentium, uerbum lego relatum, ad uniuersitatem bonorum, directam hæredis institutionem, significare, ut puta lego hęreditatem meam, quin immo si dixerit lego dimidiam partem meæ hæreditatis Seio, in altera dimidia Titius sit hæres, Seius erit hæres in dimidia.

Et ex supra dictis colligi potest hæc conclusio, uidelicet, hodie ueram esse opinionem Alex. & sequacium in. l. i. ff. de leg. i. opinionem uerò Bar. hodie non esse ueram, sed ante. d. l. quoniã indignum poterat procedere.

CXXVII. Declaratio .l.si quis in fundi uocabulo.ff.de leg.i.

VLPIANVS in.l.si quis in fundi uocabulo. ff.de leg.i.ait Rerum uocabula immutabilia sunt,hominum mutabilia, Ex quibus uerbis duæ oriuntur quæstiunculæ, una est,cũ omnia uocabula ab homine,rebus ipsis fuerint imposita, quamobrem quædam rerum,quædam hominum Vlpianus appellat? Altera est.quare rerum uocabula sint immutabilia, hominum uero mutabilia. Vocabula rerum quare sint immutabilia

Pro intelligentia primæ quæstionis,sciendum est,omnium nomioum quædam esse appellatiua,quædam propria,quædam uero adiectiua: testes sunt grammatici, appellatiua nomina rebus uniuersalibus,hoc est generibus ac speciebus imposita sunt,propria uero rebus particularibus sunt attributa,adiectiua uero utrique imponi possunt.

Appellatiua uocabula a principio mundi ab Adam omnibus rebus,secundum naturalem cuiusq; rei proprietatem, imposita fuerunt,ille enim omnium rerum proprietates bene nouerat,habebat enim scientiam à Deo infusam,legito hęc si lubet in Gen. cap .2.ibi,appellauit Adam cuncta animantia, & uniuersa uolatilia cœli,& omnes bestias,nominibus suis , hæc ibi ad uerbum legere licet.

Vbi Lira ait,nomina rerum à proprietatibus imponuntur,id quod satis constat ex illa dictione suis. & ibi Ambro.Cath.ait indidit Adam singulis speciebus nomen iuxta cuiusq; proprietates & naturas. Adam igitur considerans naturalem , cuiusq; rei proprietatem nomen illi consentaneum imposuit : nomina enim rebus consona esse debent.§.est & aliud Insti de dona. Nomina rerum a proprietatibus imponuntur.

Naturalis itaq; rerum proprietas,fuit causa quamobrem Adã unamquanq; rerum speciem ita nominaret,potissima igitur causa horum nominum fuit rerum proprietas,hanc ob causam Iurecons.à potiori causa appellat rerum uocabula. & talia nomina, talesq; uoces usq; ad Noe filios durauerunt.

Filij autem Noe erant Sem,Cham,& Iaphet. è quibus septuaginta familiæ natæ sunt,eratq; terra unius labij sermonumq; eorundem. Gen cap ii.Hi autem in oriente habitabant, indeq; in terram Sanaar profecti sunt,ubi aliquandiu morati d[illegible]runt,faci Sem Cham & Iaphet filii Noe

amus nobis ciuitatem,& turrim cuius culmen pertingat ad cœlum,tunc Deus eorum linguam confudit, eamq́; in septuaginta duas linguas diuisit, erant enim totidem familiæ, & licet essent uariæ linguæ,uariæ uoces,uariiq́; sermones,easdem tamen rerum proprietates,easdemq́; qualitates significabant,quas nominati Adam imposita demonstrabant.

At propria nomina unusquisq; suis rebus particularibus,suo arbitratu, imponebat,nulla habita naturalis rerũ proprietatis ratione,sed sola uoluntas dumtaxat erat causa , ut res particularis hoc uel illo nomine uocaretur, imponebant itaq; homines suo arbitrio rebus suis, rebus inquam particularibus, uocabula nec res,nec rei proprietas ad hoc causam præstabat,sed sola imponentis uoluntas hoc faciebat: hanc ob causam non rerum seb hominum uocabula huiusmodi nomina Vlpianus appellat.

Adiectiuorum uerò nominum, quæ à rerum qualitate sumuntur, quædam à naturali:& propria rei qualitate nominabantur, Verbi gratia à naturali albedine,res albę , à nigredine nigræ nũcupabantur,nũcupãturq́; queniã res(ob earum naturalem qualitatem) huiusmodi uocabulorum potior erat causa, idcirco & rerũ uocabula dici possunt. Quædam uerònon a naturali, sed ab aliqua accidentali qualitate uocantur. Verbi gratia , fundus alius Sempronianus,alius Cornelianus, alius uineatus, alius pratensis, oliuatus alius nominatur, horum potior causa hominum uoluntas habebatur,homines enim sua uolũtate nulla habita naturalis rei qualitatis ratione,talia adiectiua imponebant,idcirco hominum uocabula dici utiq; debent.

Vocabula rerum qua sedicipent

Quedã rerum uocabula quedã hoĩum appellãtur

Habes iam candidissime lector , quamobrem ex nominibus, quędam rerum uocabula,quædam hominum appellentur.

Vocabula rerum qua re immutabilia hominum uero mutabilia.

Superest ut secundam quæstionem propositam explicemus, quærebatur enim quam ob causam rerum uocabula immutabilia,hominum uerò mutabilia dicantur. Bal. in .l.si fortidianum .C.de leg.dicit hanc esse rationem,quod non potest res carere nomine appellatiuo, quia est de rerum substantia, unde si destrueretur nomen appellatiuum,destrueretur substantia. hæc Bal.ad uerbum,ut Ias.refert in hac .l. si quis in fundi uocabulo, & ait esse aliis subtiliorem.

Sed hęc ratio pace Bal.dixerim est falsa, non enim uerum est, nomen appellatiuum esse de rei substantia, id enim quod est de rei substantia,nec momento quidem a re ipsa abesse potest.siquidem forma cum sit de rei substantia a re,sine ipsius destructione,

nullo

nullo momento abesse poterit.l. Iulianus.§.sed si quis.ff.ad exhiben. sed res, ab initio antequam Adam nomina eis imponeret, sine nomine subsistebant, & per consequens substantiam habebant, ut patet in Gene. cap. ij. si nomina essent de substantia, res utiq; non potuissent tantillulum sine eis subsistere: Non est igitur uerum nomina appellatiua esse de rerum substantia, & consequenter ratio Bal. non est uera.

Noīa appellatiua non cē de substātia rerum

Altera Bal. ratio in .l. si nomine .C. de testa. quam refert hic Ias. ex supradictis si bene inspicias facile refutari potest, eodem enim morbo laborat, non enim sequitur corrumpitur nomen appellatiuum, ergo corrumpitur forma substātialis ut ipse ait, quippe cum nomen non sit de substantia rei, res enim ab initio sine nomine fuerunt ut dictum est, at sine forma nec momento quidē fuerunt nec esse potuerunt, forma enim dat esse, ut .d.l. Iulianus, futilis igitur ea ratio est.

Tu uerò pro clara huius quæstionis intelligentia, scire debes, talem esse effectū, qualis eius causa est, verbi gratia, amicitię tres sunt causę, uidelicet, utile, iocundum & honestum, hoc est uirtus. Aristo. viij. Ethic. vtile est causæ, amicitiæ utilis, iocundum, iocundæ, honestum uerò honestæ, sed quia utile & iocundum mutabilia sunt, frequenterq; mutantur, id circo utilis & iocūda amicitia mutabilis est, frequenterq; mutatur. At uirtus stabilis res ē, quippè cum sit habitus, qui est altera natura, quæ non facilè mutatur, consequens est, ut amicitia honesta, studiosaq; stabilis sit, nec facilè mutetur Aristo. viij. Ethi. c. iij. qualis igitur est causa, talis est eius effectus.l.manumissiones .ff.de iusti. & iur.

Ita ad propositum, cum naturalis rerū proprietas diuina quadam prouidentia constituta immutabilis sit .§. sed naturalia Insti. de iur nat. gent. & ciuil. & hæc, ut superius dixi, est causa, eorum nominnm, quæ rerum uocabula appellantur, ergo huiusmodi appellatiua uocabula, uti illius effectus immutabilia sunt, suæ enim causæ naturam profecto sequuntur.

Vocabula hoīum hoc ē nomina propria quare mutabilia.

At hominum uocabula, hoc est nomina propria, ideo mutabilia sunt, quia hominum uoluntas, quæ ut supra dixi, est eorum causa, mutabilis sine dubio est.l. quod si iterum .ff.de adi. leg.l. cum hic status.§. ait oratio.ff.de dona.inter.uir. & ux. Non est igitur mirum, si hominum uocabula, quorum potior causa est uoluntas, mutabilia sint, homines enim siue hoc, siue illo nomine appellentur, nihil interest, ut Insti. de leg. §. si quis in nomine in fi.

Vocabula rerum esse immutabilia hominum uero mutabilia quã obrē ratio

Ex supradictis euidenter apparet ratio, quamobrem Vlpianus in .d.l. si quis in fundi uocabulo dixerit rerum uocabula esse immutabilia, hominum uerò mutabilia., sunt igitur rerum uocabula immutabilia, proptereaq; ab uno homine, ut puta à testatore murari non possunt, à tota uero una gente fortasse mutari possent utputa, nunc tota gens animal hinnibile, uocāt equum ab aliqua eius proprietate, si tamen uellent possent illud nomine alio, ab aliqua tamen illius proprietate nominare, si tota una gens communi consensu id faceret.

Nomina adiect iua quare immutabilia

Adiectiua uerò nomina si à naturali rerum qualitate accipiantur, eadem ratione de qua supra, rerum uocabula dici possunt, idcirco immutabilia sunt, exempli causa, bos niger, equus albus, & huiusmodi, albedo enim, & nigredo illa naturalis, mutabilis minime est, ergo & uocabula ex his accepta hominum uoluntate mutari non possunt, durante enim causa, durat effectus, ut clare constat.

At si nomina adiectiua & accidenti omnino qualitate sumantur, ut puta fundus Sempronianus, Cornelianus, fortidianus, & huiusmodi, hominum uocabula dici possunt, idcirco mutabilia sunt, si uerò adiectiua sumantur ex qualitate accidenti, quæ sola hominis uoluntate mutari non potest, utputa, uineatus, oliuatus, pratiuus, & alia id generis, talia adiectiua, rerum uocabula dici possunt, eorum enim causa est uinea, oliua, pratum, quæ sola uoluntate mutari nequaquam possunt, sed si quispiam uelit ea nomina mutare, necesse est, ut causam tollat, hoc est uineas, oliuas, pratumq; remoueat. Quamobrem huiusmodi uocabula dum eorum causa durat, ab homine mutari non possunt.

Ex supradictis infrascripti, similes ue casus decidi facilè poterunt, in primis, si testator coram aliquibus declaret se uelle relinquere equum, deinde in testamento leget bouem, legatum profectò minime ualebit, uoluit enim testator unius speciei nomen, alteri imponere, id quod facere nequaquam potuit, si quidem appellatiua nomina sunt rerum uocabula, quæ immutabilia sunt, ut Vlpianus in hac lege affirmat, quamobrem legatum sine dubio uitiatur, & hoc scribentes non negant, ex quorum sententia hæc erit regula uidelicet.

Error in nomine appellatiuo uitiat legatum

Error in nomine appellatiuo uitiat legatum.

Fallit inquiunt ipsi, ratione præsentiæ

Fallit item ratione proximitatis .l. librorum .§. quod tamen Cassius, ff. de leg. iij. & ibi glos.

Exemplum primæ fallentiæ est, si testator equum digito ostendēs, dicat, lego tibi hunc bouem, tunc error nominis appellatiui (ut aiunt) non uitiat legatum, aiunt item, hanc esse bonam & magnam ad hanc legem limitationem, quam dicunt apertè probari per glos. singularē in .l. qui extrinsecus in uer. sed & si, ff. de uerb. oblig.

Ego quidem ausim dicere, hanc non esse limitationem, nam glos. illa, non de appellatiuo, sed de proprio loquitur nomine, id quod ut ostendam, suppono, hanc appellationem equum, bouem, asinum, & huiusmodi sine articulo, hic uel ille, uel iste, esse nomen speciei, nomen autem speciei, ab uno homine alteri attribui non potest, est enim immutabile, ut hac .l. Vlpianus asserit, & ego superius demonstraui, sed si bos, uel equus, cum hoc articulo hic, uel ille pronuncietur, proprium efficitur nomen, testes sint Dialectici & grammatici.

At nomen proprium, potest quis suo arbitrio imponere, uel mutare, ut supra clare ostensum est. Quamobrem, si quispiam in baptismate faceret filium suum uocari bouem, tunc illud nomen bos esset nomen proprium indiuidui, & hoc nomine sui condiscipuli sanctum Thomam nominabant, item ursus est nomen speciei animalis, appellatiuum, tamen si quispiam uelit filium suum uocari ursum, tunc ex appellatiuo proprium efficietur, multos noui homines uocari ursos, item Leo, est nomen speciei animalis appellatiuum, quod si homini imponatur, proprium efficietur, multi enim uiri Leones appellantur, quos ego, & uos fortasse nouistis.

Nomē proprium pōt quis suo arbitrio imponere uel mutare

Non est ergo mirum, ualere legatum, si testator digito equum ostendens, dicat lego tibi hunc bouem, si quidem nec in appellatiuo, nec in proprio nomine errauit, sed dedita opera hoc fecit, uoluit enim imponere equo hoc nomen bouis, uti proprium, nō uti appellatiuum, id quod facere potuit.

Non fallit itaq; regula supra posita, rationem præsentiæ (ut aiunt Doc.) nam detracto illo articulo hunc, si testator digito equum ostendens, dicat lego bouem, legatum utiq; non ualeret, eo q; illa dictio bouem, sine hoc articulo, hunc esset nomen appellatiuum, quod ab uno homine mutari nequaquam potest. l. labeo. §. uerum. ff. de suppel. leg. Aduerte quæso, licet singuli homines appellatiuum nomen, mutare non possint, uniuersa tamen gens cuiuslibet linguæ hoc facere potest, arg. d. §. uerum, & supra dixi.

Adoptio ut genus

Redeo nunc ad secundam (ut aiunt) fallentiam, pro cuius intelligentia sciendum est, ꝙ quemadmodum, adoptio capitur ut genus, diuiditurq́ in duas species, quarum una dicitur arrogatio altera nomine generis, adoptio appellatur, quamobrem adoptio, & pro genere, & pro specie capi potest. §. 1. Insti. de adop.

Ita in ꝓposito, chartæ capi possunt ut genus, quod duas æque continet species, è quibus, una libri nuncupantur, libri enim sunt chartæ ligatæ, altera uerò nomine generis chartę appellantur, hoc facilè colligi potest, in. d. l. librorum. §. quod tamen Cassius. ff. de leg. iij.

Gen' inẽcũ ilibet speciei.

Item sciendum est, genus cuilibet speciei inesse. l. quod in rerum. §. inter emptum. ff. de leg. iij. Bar. in. l. i. ff. si cert. pet. Item genus, suas species potestate continet. l. semper in generalibus. ff. de reg. iur. At una species alteram nullo modo complectitur, id quod negare auderet nemo.

Gen' suas species potestate continet

Quamobrem si quispiam has animalis species habeat, bouem scilicet equum & canem, si in testamento dixerit, Fabio, omnia animalia mea do, lego, bos, equus canisq́ pariter legati uidebũtur, at si dixerit lego equum hoc speciali legato, nec bos, nec canis continebitur, sed si dumtaxat, canem habeat, si in testamento, uel codicillis dicat, Fabio omnia animalia mea lego, canis sine dubio legatus dicetur, qui sub illo animalis genere continetur.

Ita ad propositum, si quispiam libros, chartasq́ non ligatas habeat, quæ sunt duæ chartarum in genere sumptarum species, si dicat lego omnes chartas meas, & libri, & chartæ sine dubio debebũtur, libri enim, & chartæ uti species, sub chartarum nomine uti sub genere complectuntur: At si dicat lego chartas meas, libri non debebuntur, nomen enim in dubio, pro specie, & non pro genere capi debet, quemadmodum in adoptionis uocabulo, receptum est, at si quis solos habeat libros, dicat lego omnes chartas meas, libri profectò legati uidentur, ueluti si dicat lego omnia animalia mea, & nullum præter unum canem animal habeat, canis ille sine controuersia legatus censetur, legatis itaq́ chartis, non debentur libri, ratione proximitatis (ut aiunt Doc.) sed debẽtur eo ꝙ sub chartarum genere continentur, ut dictum est.

Lego chartas meas libri non debebuntur.

Videamus nunc uerba tex. in. d. §. quod tamen, ubi Vlpianus ait, libris legatis, chartæ puræ non debentur, subdit deinde, nec chartis legatis, supple tu, in specie libri debebuntur, ratio est, quia una species altera non continetur, subiungit postea, nisi nos ad hoc urserit uoluntas, hoc est quod uoluerit testator legare

chartas in genere, & non in specie, id quod apparet, si dixerit relinquo chartas meas uniuersas, propter illud igitur uniuersale signum, ostenditur uoluisse relinquere chartas in genere, id circo debebuntur libri, in genere enim insunt species. d.l. in generalibus. Subdit postea, pleriq; libros chartas appellant, quod est perinde ac si diceret, pleriq; nomine generis, speciem appellãt multi enim qui habent oues, & capras, dicunt habeo animalia, uel uolo ire uisum mea animalia: Et ex his apparet dictam secũdam fallentiam non probari in. d. §. quod tamen Cassius, nec in se quidem uera est.

Rursus summatim dicito, quando nomina appellatiua ex naturali rerum proprietate accepta, imponuntur generibus uel speciebus proprium nomen non habentibus, ut sunt equus, bos, asinus, & mille huiusmodi, tunc si in hisce nominibus appellatiuis erratum est, legatum utiq; uitiatur, talia enim nomina appellatiua, sunt rerum uocabula, idcirco immutabilia Vlpianus ea nominat, & de his loquitur. d. l. siquis in fundi uocabulo.

Quando uerò nomina appellatiua non sumuntur a naturali rerum proprietate, sed ab accidenti, puta ab officio, seu artificio aliquo, ut fullo pistor, coquus, sutor sartor, faber lignarius, faberq; ferrarius, & huiusmodi: quæ nomina attribuuntur particularibus, seu indiuiduum proprium nomen habentibus, ut Flaccus fullo, Filonicus pistor, Seius coquus, Stichus sutor, tunc si testator Flaccum pistorem legauerit, cum non Flaccus, sed Filonicus esset pistor, quęritur quis eorum debeatur, certe si nomen appellatiuum spectamus, Filonicus debebitur, is enim erat pistor, at si nomen proprium attendamus, Flaccus legatus uidebitur: quam obrem quẽ eorum testator sensisset, is debebitur.

At si hoc non apparet, primum inspiciendum est, an testator magis nomina seruorum propria, q̃ appellatiua cognita habuerit, si propria magis nota habuisset, tunc Flaccus, qui nomine ꝓprio, non Filonicus, qui appellatiuo nominatus est, debebitur: sin autem propria seruorum nomina domino nota non essent, tunc Filonicus nomine appellatiuo nominatus, is. n. erat pistor, sine dubio debebitur. Error enim in nomine proprio legatum non uitiat, si uero testator tam propria q̃ artificialia seruorum nomina æquè nota haberet, tunc nomen proprium præferendum esse existimo, hoc enim magis quam appellatiuum, rem ipsam demonstrat: proprium enim uni soli, appellatiuum uero pluribus conuenit, testes sunt grammatici, adiuuat hoc. l. labeo. §. fi. ff. de

ſupel.leg.ubi Celſus in hæc uerba ait, non uideri quẽquam dixiſſe, cuius non ſuo nomine uſus ſit, nota illa uerba ſuo nomine, nam perinde eſt, ac ſi dixiſſet proprio nomine: ſuus enim pro proprio capi ſolet. Vnde illud. Velle ſuum cuiq; eſt, quamobrem ille uidetur legatus, cuius ſuo nomine teſtator uſus eſt, & in huiuſmodi nominibus locum habet. l. penul. ff. de reb. dub.

Item ſi teſtator declaret ſe uelle legare alicui ſeruum ſuum Gaium, poſtea in teſtamento leget Seium, legatum ꝓfectò ualebit, eo q̃ in proprio nomine erratum eſt, quod quidem eſt mutabile, teſtator enim ſuo arbitrio Seium Gaium, Gaium Seium, appellare poterat, ut ſuperius diximus.

Item ſi teſtator coram teſtibus, declaret ſe uelle relinquere Fabio fundum Sempronianum, poſitum iuxta Titij fundum, mox in teſtamento leget Fabio fundum Cornelianum iuxta fundum Titij poſitum, legatum utiq; ualebit: ratio eſt, quia huiuſmodi nomina Sempronianus ſcilicet & Cornelianus, & huiuſmodi ſunt adiectiua, quæ ſola hominis uoluntate, nulla rei qualitate cõſiderata, imponi mutariq; poſſũt, ut ſupra declaratum eſt.

At ſi teſtator declaret ſe uelle relinquere Fabio fundum oliuatum iuxta Titij fundum exiſtentem: deinde in teſtamento leget fundum uineatum, iuxta Titij fundum, certè legatum non ualebit nã hæc appellatio uineatus, oliuatus, & eiuſmodi, ſunt nomina adiectiua à rei qualitate accepta, quæ homo ſuo arbitrio mutare neq̃q̃; poteſt, tãtiſper dũ & uinea & oliua ibi ſũt, ſed ſi uelit nomen mutare, oportet ut & uites, & oliuas penitus extirpet, illis n. ſtantibus, nomẽ mutari nõ poteſt, ſed ſi diceret, lego Fabio fũdum Sempronianum uineatum, iuxta Titij fũdum, ſi fundus ille nõ eſſet uineatus, ſed ut ita dixerim oliuatus, ſi cõſtaret eũ fundũ uocari Sempronianum, legatum profectò ualeret arg. l. pen. ff. de reb. dubijs. & l. pen. §. pater. ff. de leg. iij. adiuuat hoc id quod ſupra de nomine proprio, & artificiali diximus.

Item finge teſtatorem, duos equos, unum album, alterum uerò nigrum habere, coramq; aliquibus dixiſſe, ego uelim legare Fabio equũ meum album, deinde in teſtamento dixerit, Fabio equum meum nigrum do, lego, quæritur an legatum debeatur, reſpondi non deberi, nam ut ſupra dixi, hæc adiectiua albus & niger ab albedine & nigredine accepta ſunt, hæ autem ſunt naturales rerum qualitates, quare mutari minime queunt. §. ſed naturalia Inſti. de iur. natu. gen. & ciui. ergo & nomina quorum ipſæ naturales qualitates ſunt cauſa, ab homine reuera mutari nequeunt

unt,ſicut in appellatiuis,in eodem caſu legatum non deberetur, ut ſupra concluſum eſt, Cur non idem in hiſce adiectiuis reſpondeatur,ratio reddi non poteſt.arg.l.à Titio.ff. de uerb. obligat. quippe cum & illa à naturali rerum proprietate,& hæc à natura li rerum qualitate accipiantur, ergo & hæc & illa immutabilia ſunt.

Sed gloſ.in hac .l.in uer.hominum,huic opinioni apertè aduerſatur,ibi enim quæritur, quid de adiectiuis. reſpondet gloſ. idem quod de proprijs,ſunt enim accidentia, ut albus niger allegat.l.1.§.iij.ff.de aqua quo.& æsti.ergo glos.adiectiua proprijs nominibus æquiparat.

Sed ipſa magnopere decipitur, quoniam quędam accidentia mutari nequeunt,ut albus & niger,ſunt enim qualitates inſeparabiles,& per conſequens immutabiles:quædam uero ſunt accidentia & adiectiua,quæ mutari poſſunt,ut quotidianus:æſtiuus & huiuſmodi, nam licet dicatur aqua quotidiana, tamen illud adiectiuum poteſt ab homine remoueri, & ubi prius dicebatur quotidiana,mox appellabitur æſtiua, quotidiana enim aqua ea eſt,quæ aſſiduè ducitur uel æſtiuo uel hyberno tempore.d.l.i.§. quotidiana:poterit igitur quiſpiam ſuo arbitro,quotidianam efficere æſtiuam,ueluti ſi eandem aquam æſtate ſola,& non quotidie ducat:nam ęſtiua aqua ea eſt,quæ æſtate ſola ducitur. d.l.i.§. ęſtiua.

De his & ſimilibus adiectiuis quæ mutari poſſunt glos.bene diceret. Et de his loquuntur leges quas allegat,ſed equum album naturaliter efficere nigrum,& è contrario nemo poteſt:ſunt enim hę qualitates inſeparabiles immutabilesq́ꝫ, ergo & nomina ab eis ducta immutabilia ſunt,æquiparanda ſunt ergo appellatiuis non autem proprijs ut gloſ dicit.

At ſi teſtator equum album digito oſtendens, dicat. lego Fabio hunc equum nigrum,porrò legatum debebitur,non propter rei præſentiam,ut ſcribentes aiunt,ſed eò ꝙ hoc nomen adiectiuum niger,per illum articulum hunc efficitur ꝓprium, ut ſupra dixi.Noui ego hominem qui proprio nomine niger appellatur, non à colore,erat enim albus,unuſquiſq; enim rem ſuam quouis proprio nomine,quouis tempore nominare poteſt,& magis prę ſumendum eſt teſtatorem uoluiſſe hoc facere,q̃ in tam aperta rei qualitate erraſſe:quis enim eſſet adeò ſtultus, adeoq́ꝫ ignarus. ut equum album ante oculos poſitum, putet nigrum nomine adiectiuo nuncupare,nemo profecto, debebitur itaq; legatum eo ꝙ

testator nomine proprio ob illum articulum hunc nominasse eũ nigrum censetur. Erit igitur in hoc casu hæc appellatio niger, ꝓprium nomen, ergo non uitiatur.

CXXVIII. Declaratio .l. cum filiofamilias .ff. de leg. i. cum eius materia.

IN .l. cum filiofamilias, quidam instituit filiumfamilias hęredẽ quo casu filius iussu patris, debet hęreditatem adire .l. si quis mihi bona. §. iussu. ff. de acqui. hæred. & hæreditas adita, statim pleno iure, olim patri acquirebatur. l. placet. ff. de acqui. hęr. Deinde fuit rogatus pater, restituere filio suo hæreditatem, dicit ibi fideicommissum ualere.

Glos. & ibi Doct. quærunt quonam pacto possit hoc procedere, Videtur enim nequaquam fideicommissum à patre filio datum ualere, ꝓpterea ꝙ restitutum filio statim patri reacquiritur, .d. l. placet. Et est perinde ac si ab ipso patre, ipsimet patri, esset relictum, quo casu sine dubio non ualeret .l. qui filiabus. §. .i. ff. de leg. i.

Variæ dantur à Doc. solutiones, sed ea est communis, ꝙ licet fideicommissum fuerit purè relictum, inest tamen tacita conditio de restituendo fideicommisso, scilicet cum filius fuerit sui iuris, & ita non reacquiritur patri, & hoc aiunt probari in .l. ubi purè. ff. ad Trebell.

Intellect us cõmunis nõ ẽ bon⁹.

Hunc intellectum, tanquam diuinatiuum, reiiciendum esse arbitror, una cum aliĳs a doctoribus recentioribus, in hunc diem excogitatis. Lex enim simpliciter loquens, simpliciter est intelligẽda .l. de precio. ff. de pub. sed si non intelligitur conditio, quonã modo poterit acquiri fideicommissum filio in potestate existenti, obstante. d. l. placet.

Audi quæso rationem nouam, & ueram quidem ut arbitror.

Pro cuius declaratione, duæ supponendæ sunt regulæ, quas communiter doct. approbant. in .l. frater a fratre per illum tex. .ff. de condi. indeb.

Fili⁹ quod acquirit ab alio quam a patre statim acquirit patri.

Prima ea est, id quod acquirit filius ab alio, q̃ a patre, statim patri acquirit, per. d. l. placet, & in. §. igitur liberi uestri. Insti. per quas person. nob. ius acqui.

Secunda est, id quod acquirit filius, ab ipso patre non reacquiritur patri, probatur in. d. l. frater a fratre, & ibi Bar. & doct. & aliĳ

aliȷ.& prȩsertim Iaton in iȷ.col.uer.considera quinto. In illa.n. lege,pater obligatur filio naturaliter, & obligatio illa non reuertitur ad patrem,& tamen si filius obligationẽ naturalem ab alio quam a patre acquireret,ea obligatio acquireretur patri, ut Inst. per quas pers.nob.acqui.oblig.

Obligatio profecta a patre in filium non reuertitur ad patrem

Ita dicendum est in dominio, ut quando filius acquirit domi nium a patre,non reuertatur ad patrem,sed quando acquirit ab alio,tunc acquiratur patri,cum non possit reddi ratio diuersitatis inter obligationem & dominium,ergo idem ius,l.a Titio.ff. de uerb.oblig.&.l. illud.ff.ad.l.aquil.cum similibus. & hoc tenet Ias.ibidem,& ita limitatur,d.l. placet , quæ loquitur etiam de hæreditate,& per consequens eiusmodi secunda regula etiam in hæreditate locum habet, ꝙ autem .d.l.placet ita limitetur,tenet expresse Ias.& alij ubi supra.

Dominium acquisitum per filium a patre nõ reacquiritur patri

Nunc in proposito in.l.nostra , pater fuit grauatus restituere fideicommissum filio,quamobrem si pater restituit, filius acquirit a patre, fideicommissum enim ex persona patris uires capit ut ibi in tex.& sic pater est obligatus, quare nec obligatio, nec fideicommissum ad patrem reuertitur per .d.l. frater a fratre , & per regulam secundam supra positam.

Ad hoc igitur,ut huiusmodi fideicõmissum ualeat,in l.cũ filio familias,non est necessarium subintelligi conditionem tacitam, scilicet quando erit sui iuris , prout intelligunt Doc. Nam & si pure fuerit relictum,ualet penesq́ filium remanet,per supradictam regulam secundam . Et hoc urgentius probatur in .§. si pater .l. cogi.ff.ad Trebell.ubi fuit rogatus pater filio suo hæreditatem , restituere dicit ibi tex. patrem posse cogi à filio restituere sibi hæreditatem, si eam suspectam pater dicat , & tamen ibi nulla est conditio, nec debet subintelligi ,sed ualet fideicommissum purum,per secundam regulam supradictam.

Limitatio .l placet

Non obstat .l. placet ff. de acqui.hæred. illa enim lex loquitur,quando filius aliunde,quam à patre acquisiuit,quo casu, statim acquiritur patri,ut supradictum est, sed nos loquimur quando acquirit à patre.ergo &c. & ita limitant Doc.in.d. l. frater à fratre in.d.iȷ.col præsertim Ias. Non obstat tex. in.l. ubi pure .ff.ad Trebell. per quem dicunt Doc.in fideicõmisso facto a patre filio,subintelligi tacitam conditionem,scilicet quando sui iuris efficietur.

CXXIX. Declaratio l. ubi pure. ff. ad Trebell.

ET pro intelligentia illius legis, supponendum est, quòd licet dominiũ acquisitũ à patre ad patrẽ nõ reuertatur, tamen id, quod filius deinde acquireret ex eo dominio, ut puta fructus, acquireretur patri, tanquam aliunde profectum, & non à patre acquisitum, ob id testator uolens apud filium, non solum dominium, sed & fructus remanere, ita rogauit patrem, uidelicet rogo ut restituas filio tuo, faciasq; ut ad eum perueniat, hæc Iurecons. in. d. l. ubi pure. Istud enim uerbum perueniat, significat cũ effectu. l. ij. §. peruenisse. ff. de hæred. uel actio. uend. Si cum effectu, ergo testator uult penes filium dominium cum fructibus, ex eo postea percipiendis remanere, id quod fieri non potest, nisi cũ filius erit sui iuris.

Quamobrem si non esset illud uerbum perueniat, non subintelligeretur conditio, sed statim deberet restitui fideicommissum, per d. §. si pater. Si igitur in fideicommisso filio à patre dato intelligeretur conditio cum sui iuris erit, frustra adiectum esset, faciasq; ut ad eum perueniat, & tamen Iureconsul. maximopere uerba illa considerat, dum ait, si adiectum sit, faciasq; ut ad eum perueniat, ergo si illa uerba non essent adiecta non intelligeretur tempus quo capere potest, & sui iuris fiat. Verum tamen, fructus acquisiti postea ex eo fideicommisso patri illico acquiruntur. d. l. placet.

Concludo igitur in. l. cum filiofamilias, patre grauato purè filio restituere, sine dubio fideicommissum ualere, absq; subintellecta conditione, nec reacquiri patri, per regulam secundam collectam à Doc. in. d. l. frater à fratre, sed fructus postea collecti à filio, ex eo fideicommisso acquirentur patri, tanquam aliunde quam à patre acquisiti, nisi testator adiecisset illa uerba, faciasq; ut ad eum perueniat. d. l. ubi pure.

CXXX. Declaratio, an per filium acquiratur patri directum, & utile ius simul

QVærunt Doc. hic, an per filium acquiratur patri directum & utile ius simul, an utile tantum, dicunt aliqui utile dumtaxat acquiri, siquidem in .l.1 .si à paren. quis fue. manu. ff. Vlpianus ait, patri acquiri emolumentum eius quod sibi filius acquirit: Emolumentum autem, nihil inquiunt ipsi, est aliud quam utilitas, apertè igitur ex uerbis Vlpiani colligitur, patri acquiri utilitatem, idest ius utile in ea re, quam sibi filius acquirit.

Alij contrarium asserunt esse uerum, quibus facile assentior, nam Imperator, insti. per quas perso. nob. ius acqui. in hæc uerba ait, quicquid olim ad filium perueniebat, patri sine ulla distinctione acquirebatur, excepto peculio castrensi. si quicquid, ergo omne ius, arg. l. Iulianus. ff. de leg. iij.

Finge modo filium emisse equum à Titio uero & directo domino, finge deinde à Titio tradi equum filiofamilias, profecto omne ius, quod est apud Titium ad filium emptorem transfertur, ergo & ius directum. l. traditio. ff. de acqui. rer. domi. & quicquid ad filium peruenit patri acquiritur. d. §. igitur. Demonstrat hoc Imperator, insti. per quas pers. nob. oblig. acqui. ubi dicit, obligationem acquiri per filium patri, ergo directum arg. l. i. ff. si ager uecti. uel emph. peta. Filius acquirit patri & directum & utile ius

CXXXI. Declaratio .l. i. si á paren. quis fue. manu .ff.

AD .l. i. si à paren. quis fue. ma. in prin. respondeo, præmittendo, nihil aliud patri, per filium acquiri, nisi id quod est iuris, factum uero non acquiri, ostendit lex qui hæredi .ff. de condi. & demon. Item id quod patri acquiritur, confestim acquiri, nec momento aliquo, consistere in personam filij, scripsit iu reconsf. in .l. placet. ff. de acqui. hæred. Filius patri acquirit statim id quod è iuris & nó id quod est facti

Pone nunc, patrē morari Romæ, filium uerò Bononiæ à Titio emisse equum, uel quid aliud, facta à Titio equi traditione confestim patri acquiretur omne id, quod momento acquiri potest, idest omne ius, quod Titius habebat in equo, quod nec momento

aliquo in persona filij moratur .d.l. placet. At nec ipsum equi corpus, nec corporalis possessio, confestim patri acquiri potest, cum sit facti, d.l. qui hæredi, & .l. quod seruus. ff. de uerb. oblig.

Remanet itaque penes filium, res ipsa, corporalisque rei possessio emolumentum uerò, idest omne ius illius rei, patri acquiritur. Et hoc est quod Vlpianus ait, in. d.l.1 dicit enim patri, acquiri emolumentum eius, quod filius acquireret, deinde filius patri rem ipsam uel sponte sua tradet, uel officio iudicis inuitus tradere cogendus erit.

Concludo ex his, patri per filium, omne ius, etiam directum acquiri.

Sed his uidetur aduersari .l. qui hæredi ff de. condi. & demō. Ait enim ibi Iureconsul. eum qui iussus est dare hæredi, debere seruo seu filio dare, qui adiuit hæreditatem, non autem patri, cui acquisita est hæreditas. Apparet igitur, filium esse hæredem, ergo penes eum remanserunt iura directa, alioquin non esset hæres, sed fideicommissarius .l. sed si fine. §. sed quod Papinianus. ff. de mino.

Ad hoc respondeo præmittens prius ueteres dominum appellasse hæredem. § fi. insti. de hæred. quali & diffe. Est igitur hæres idem quod dominus.

Hereditas nō uniuersum ius defuncti sed successio in illud

Item præmitto, id quod sæpius diximus. hoc est mortuo aliquo, lex confestim omnia illius iura, in unum redigit, efficiturque quoddam uniuersum ius, sub quo omnia alia defuncti iura continentur, deinde eadem lex facit quandam successionem, in illud uniuersum ius defuncti, Bar. in l.ij. de bono. posses. Illud tamen uniuersum ius, non est hæreditas, sed ipsa successio in illud uniuersum ius, dicitur hæreditas.l. nihil est aliud. ff. de uerbo. signi.

Hereditas domina

Differt itaque uniuersum ius defuncti ab illa successione, quæ fit in ipsum ius uniuersum, ea namque successio quæ dicitur hæreditas est domina illius uniuersi iuris.l. hæreditas in multis. ff. de acqui. rer. domi. Adita itaque hæreditate, quæ, ut dixit, est successio illa in uniuersum ius defuncti, statim omnia iura transeunt ad eum, qui adiuit.l. cū hæredes. ff. de acqui. posses. Quando igitur filius hæreditatem, idest illam successionem adit, efficitur dominus, sicut & illa erat domina. d.l. hæreditas, & consequenter illud uniuersum ius defuncti cum iuribus particularibus transit in filium, & ex filio cōfestim, omnia iura particularia directa & utilia transeunt in patrem. d.l. placet, qui efficitur hæres idest

dominus illorum particularium iurium, filius uerò iam effectus hæres, adeũdo illam successionem, quæ propriè est hæreditas, sine dubio hæres manebit, cum semel extiterit. d. §. sed quod Papinianus.

Ratio quã obrem iussus dare hæredi debet dare filio nõ autẽ patri

Quamobrem filius nudo nomine, quia iurium exercitium nõ habet, pater uerò adita hæreditate, nomine & re dicetur hæres, hoc est dominus omnium rerum particularium defuncti, quod fieri iure potest. l. ij. §. sed si sint. ff ad senatuscons. Tertull. Hinc fit, ut iussus dare hæredi, debet dare filio, qui prius, non patri, qui per consequens efficitur hæres. d. l. qui hæredi: Hinc etiã efficitur, ut per illa uerba testatoris, uidelicet, quisquis mihi hęres erit, filio meo hæres esto, filius qui adiuit hæreditatem, & non pater amittitur. l. qui liberis. §. hæc uerba. ff. de uulg. & pupill. sub.

Et ratio est, quia filius propriè est hæres, cum ipse adiuerit illã successionem quę proprie est hæreditas. d. l. nihil est aliud hæreditas pater autem cui acquiritur uniuersum illud ius, licet efficiatur hæres, idest dominus illius uniuersi iuris defuncti, tamen differt a filio hærede.

Hæredis duæ species

Sit igitur hæres ut genus in duasq́ diuidatur partes, ut alius hæres sit ille, qui adit illam successionem, quæ est hæreditas. d. l. nihil est aliud, & hic erit filius, alius hæres sit ille, qui efficitur dñus illorũ particulariũ iuriũ defuncti, & hic erit pater, & ita ambo possunt esse eodem tempore hæredes d. §. sed si sint, licet primus momento aliquo sit prior. d. l. placet. Hinc fit ut appellatione hæredis in dubio intelligatur ille primus. d. l, qui hæredi, &. d. §. hæc uerba.

Ex his apparet rectè Iureconsultum in. l. i. si à paren. quis fue. manu. scripsisse, patri acquiri emolumentum eius, quod filius acquireret: ostendit. n. aliquid remanere apud filiũ, cuius emolumẽtũ patri acquiritur: quod uerũ est, nã si filius acquirit hæreditatẽ idest successionem illam in uniuersum ius, successio illa idest hæreditas remanet penes filium, cuius emolumentum idest particularia iura, quæ defunctus habuit, patri acquiruntur, quæ non est proprie hæreditas, largè tamen dicitur hæreditas. d. l. placet.

Item si filius acquirat aliquod corpus, eius emolumentum, id est omne dominium seu ius acquiritur patri, ipsum uerò corpus eiusq́ corporalis possessio, ipso iure non acquiritur patri, sed penes ipsum filium manet ut supra dictum est.

Item si filius faciat aliquam cum alio conuentionem, eius con

uentionis emolumentum, id est omnis obligatio acquiritur patri Insti. per quas pers. no. obl. acqui. ipsa uerò conuentio, seu contractus est penes filium, & ita intelligitur. d. l. i. si à paren. quis fuerit manum.

Est etiam animaduertendum, id quod dicitur in. §. igitur. Inst. per quas pers. nob. ius acqui. Videlicet, olim quicquid ad filium perueniebat, acquirebatur patri, intelligi oportere, quicquid scilicet iurium, nam factum non acquirebatur patri. d. l. qui hæredi, & superius dictum est.

Et quia supradictum est, in regula secunda, id quod acquirit filius à patre, non reuerti ad patrem. d. l. frater à fratre, quæ regula procedit etiam in seruo, cum dominus naturaliter seruo obligetur quemadmodum pater filio, & ea obligatio nec patri nec domino reacquiritur. l. si id quod. ff. de condi. indeb.

Huic regulę uidetur aduersari tex. in. §. an seruo. Inst. de legat. ubi si á domino hærede instituto, eius seruo, purè aliquid legetur legatum non ualet, & tamen secundum regulam præscriptam, deberet ualere, cum seruus a domino acquirat.

CXXXII. Declaratio. §. an seruo Insti. de leg.

TU dicas illum tex. a casu nostro multum differre, ratio differentiæ ea est, quod fideicommissum relictum á patre filio, seu à domino eius seruo, uires ex persona patris seu domini capit. d. l. cum filiofamilias, bona enim effecta erant ipsius patris, seu domini, quamobrem pater grauatus restituere filio, restituit quod suum est, & sic filius à patre sine dubio acquirit.

At res legata à domino, eius seruo, seu à patre eius filio, nō acquiritur prius patri, seu domino, sed recta uia ab eo qui legauit, ad eū cui legata est, transit. l. à Titio ff. de fur. quamobrem non dicitur filius, seu seruus à patre seu à domino acquirere, sed immediate a testatore, qui dominum instituit. Versatur igitur. d. §. an seruo, in prima regula de qua dictum est supra.

At si pater fuisset institutus hæres, & rogatus restituere filio hęreditatem, porrò fideicommissum ualeret, propterea quod fideicōmissum nō transit recta uia a testatore in fideicommissarium, sed adita hæreditate omnia iura defuncti in hæredem transeunt. l. cū hæredes. ff. de acqui poss. quamobrem adita a patre hęreditate,

omnia defuncti iura ipsi patri, uti hæredi acquiruntur, deinde restituta hæreditate a patre omnia iura utilia, ipsi filio acquiruntur §. restituta. Inst. de fideic. hæred. acquirit itaque filius huiusmodi iura a patre, si a patre, ergo non reacquiruntur patri, per regulã secundam supra firmatam.

Est igitur differentia, an instituto patre, legetur a testatore aliquid filio, quo casu non ualet, cum legatum reacquiratur ipsi patri, quod perinde est, ac si fuisset res ipsa patri uti hæredi relicta, id quod fieri nequit. At si testator fideicommissum filio a patre relinquat, quia illud a patre acquisitum est, patri non reacquiritur, ut supra diximus.

CXXXIII. Declaratio, quamobrem inter patrem & filium regulariter donatio non ualet.

HViusmodi etiam regulę secundę, uidelicet id quod filius a patre acquirit, patri non reacquiritur, uidetur aduersari quod donatio a patre ipsi filiofamilias facta non ualet. l. donationes la. 1. C. de dona. inter uir. & uxor. Non ualet inquam propterea quod ut ait Bar. ipsi patri reacquiritur, & ita sibi ipsi uidetur donare. l. si quis pro eo. §. 1. ff. de fideiu.

Multa super hoc a Doc. traduntur. Ego uerò pro ueritate inuenienda, suppono, ius aliud esse naturale, aliud legitimum, seu ciuile. Naturale est, quod ubique eandem habet uim, & est bonum per se non quia ita uidetur, uel non, utputa, Deum colere, parentes uenerari, opem ferre indigentibus, errantibus uiam monstrare, & cętera huiusmodi. Ius naturale.

Ius autem legitimum a principio, utrum hoc an illo modo fiat, nihil refert, ubi uerò fuerit constitutum, refert, & seruandum est, Arist. Ethic. v. Constituit itaque ciuitas, testamentum fieri coram septem testibus. Inst. de testa. § 1, & ita custodiendum est, poterat tamen constituere ut adhiberentur quindecim, seu sex, seu octo, id quod si fecisset, seruandum profectò foret. constituit pręterea stipulationem inter absentes non ualere. §. item uerborum. Instit. de inutil. stipul. & l. 1 in prin. ff. de uerb. oblig. potuisset etiam constituere ab absente contrahi posse stipulationem, id quod si fecisset utique ualeret, non refert itaque a principio, utrum hoc, an il Ius ciuile Ius positiuum nõ refert sic an sic a principio cõstituatur

lo modo, ius legitimum constituatur.

Legitima sunt oĩa diffinita a legumlatrice

Item supponendum est, ea quæ a facultate legumlatrice diffinita sunt, legitima esse. quorum singula iusta esse affirmat. Arist. v. Ethic. leges autem de omnibus præscribunt, alia prohibent, alia iubent, & quemadmodum facere id quod lex seu ciuitas iubet, est iustum. ita non facere id quod lex uetat est iustum, nam qui facit secundum leges, iustus est, qui uerò ab ea exorbitat, iniustus habetur. Arist. ibidem.

Donatio facta a patre filio per stipulationē est in suspēso quia ē de iure ciuili

Donatio factæ a patre filio quare cõfirmatur morte

Et quemadmodum ciuitas constituit, capto patre seu filio ab hostibus, ius potestatis in suspenso existere, hoc est interim non ualere, nec penitus tolli. §. sed si ab hostibus. Inst. quib. mod. ius patr. pote. sol. Ita etiam constituit, factam a patre filiofamilias donationem, factam inquam per stipulationem, non autem per traditionem esse in suspenso, hoc est nec omnino ualere nec omnino uitiari, quamobrem si interim patrē pœniteret, donatio quo ad ius ciuile nulla esset, at si expresse eū non pœniteret, & ita moreretur, utique donatio confirmaretur d. l. donationes. C. de dona. inter uir & uxo. si confirmatur, ergo interim aliquo modo erat, id enim quod nullo modo est, confirmari profectò nequit: quemadmodum id quod non est, rumpi non potest. l. nam & si sub conditione. ff. de iniust. rup. irri. testa.

Ex his apparet donationē a patre filiofamilias factam, uiuente patre posse reuocari, eoq; mortuo confirmatum iri, quia potest patrem pœnitere, hanc ob causam filius a patre uiuente, rem donatam minime potest petere.

Donatio facta a patre filio īcipiēs a traditione nõ res acquiritur patri

At si pater donaret filio, traderetq; ei rem donatam, quę donatio a liberalitate proficiscitur, estq; de iure naturæ, ut supra dictum est, ea res ita donata esset ipsius filij, nec patri reacquireretur: quemadmodum obligatio naturalis proficiscens a patre in filium, per refluxum ipsi patri non reacquiritur, cum dominium sit etiam iure naturæ hominum, ut alibi plenè demonstratum est: nec eo casu, patris pœnitentia quicquam prodest, proptereaq; dominium, quod est iure naturæ seu gentium introductum. l. ex hoc iure. ff. de iusti & iur. acquisitum filio, non potest ad patrem reuerti, ciuilis enim ratio, naturalia tollere non potest. Acquiritur autem dominium per traditionem, non autem pactionibus. l. traditionibus. C. de pact.

Est tamen animaduertendum q̃ si donatio incipit à traditione nulla nascitur obligatio, nec naturalis quidem, immo si nata esset, traditione tolleretur. Insti. quib. mod. toll. oblig. in prin. adde

quod

quod si incipiat à promissione, per stipulationem, nec sit tradita, non possct per pænitentiam effici, quominus naturaliter debeatur, cum ex ea promissione, sit ipsi filio obligatio naturalis acquisita quæ adiuncta erat ciuili, ut not. glos. insti. de oblig. & .d.l. fra ter à fratre .§. quæsitum.

Donatione facta a patre filio per stipulationē acquiritur filio obligatio naturalis & nō reacquirit patri

Potest itaq; patrem pænitere, quo ad obligationem ciuilem, reuocabit ergo obligationem ciuilem, qua reuocata, filius nō potest ad donationem agere, cum ex sola naturali, nō nascatur actio ubi non inest æquitas, at si res tradita sit, per pænitentiam reuocari minime potest, cum naturaliter debeatur ut. l. i. .ff. de condi. indeb. & ibi not. & .d.§. quæsitum.

Donatio facta a patre filio nō pōt reuocari quo ad obligationē naturalem

Sed quia lex omnis in uniuersum statuitur, nec fieri potest, ut recté de omnibus casibus in uniuersum diffiniatur, ideo lex id sumit, quod ut plurimum fit. Aristo. v. Ethic. & . l. neq; leges .ff. de legi. Hanc ob causam, est aliud quoddam ius, quod bonum & æquum appellatur, quod interdum emendat, & corrigit, id quod in lege uniuersali peccatum est, Aristo. ibidem. Hinc fit q; lex uniuersalis constituit testamentum non ualere, nisi adhibitis septem testibus, & rogatis. Insti. in prin. de testa.

At ius boni & æqui constituit testamentum inter liberos corā duobus testibus, etiam non rogatis uim habere .l. hac consultissi ma .§. imperfecto .C. de testa.

Item testamentum factum a milite, itidem duobus testibus ualére uoluit .l. Lucius & ibi glos. not. ff. de mili. testa. Eodem modo licet lex uniuersalis constituerit donationem inter patrē & filium non ualere, quo ad obligationem ciuilem, ius tamen boni & æqui disposuit donationem à patre filio ob bene merita factam ualere, not. Bar. & Doc. in. l. frater á fratre.

Item si pater donat filiæ dotis causa. l. Pomponius philadelphus .ff. famil. hercis. Item si donat usumfructum in aduentitijs, item si donat aliquid pro alimentis ut dicit glos. in. l. ij. C. de inoffi. dona. his igitur casibus, ius boni & æqui, uti iuris uniuersi emendatiuum, constituit donationem à patre filio in potestate factam, statim uires habere, etiam quo ad obligationem ciuilem rē que donatam filio acquiri minimeq; patri reacquiri, vera est igitur his casibus regula secunda. Et ubicunq; in iure reperies aliquid in lege uniuersali corrigi, addi, minui, quod Doc. appellant fallentias, dicas id fieri iure boni & æqui, id quod si legislator ipse adesset, id etiam fecisset, hoc autem ius boni & æqui est melius iure legitimo, Aristo. v. Ethic. Est enim ea æqui boniq; natura

Casus īquibus donatio ualet inter patrē & filium.

ut legis, qua parte deficit. ob uniuersale, emendatio fit.

Et quia nullo modo fieri potest, ut lex, omnes casus comprehendat, hanc ob causam, ciuitas, seu legumlatores, huius æqui & boni uirtute, aliquam ob iustam causam, nunc addunt, nunc minuunt, corriguntue, id quod sub uniuersali lege continetur, indiffiniti enim, indiffinita esse regula debet, mutaturque una cũ rebus ipsis, & ciuitas accommodat se ad res ipsas agendas, quemadmodum ædificationis Lesbiæ plumbea norma ad lapidis figuram accommodatur. Aristo. v. Ethic. Sicut igitur norma illa plumbea ad figuram ædificationis mutatur, ita ciuitatis decreta, pro rerum usu immutari consueuerunt, quas mutationes Doc. ut diximus appellant fallentias. sed rectius ius boni & æqui nuncupari liceret.

Ex supradictis, apertè constat, quasdam donationes à patre filio familias factas, non ualere, eo quod ciuitas ita constituit, quemadmodum uoluit donationem inter uirum & uxorem non ualere. l. i. ff. de dona. inter. ui. & ux. & . d. l. donationes, quasdam uerò ius boni & æqui constituit ualere, quæ notantur à Doc. d. l. frater á fratre, & supra paulo ante diximus.

Quod autem, ex his donationibus, quæ iure bóni & æqui ualent filio acquiritur, patri non reaquiri, audacter confirmo.

Ratio Bar. nõ ē bona quare donatio non ualet inter patrem & filium

Ex hoc sequitur non esse ueram rationem á Bar. positam in d. l. frater à fratre, cum dicit, ideo non ualere donationem inter patrem & filium, quia patri reacquiretur, si enim esset uera sequeretur donationem factam à patre filio, ob bene merita non ualere. Item factam filiæ dotis causa, item factam ob alimenta, cum sit eadem ratio. l. illud. ff. ad. l. Aquil. & tamen ualent.

CXXXIIII. Declaratio quare donatio facta á patre filio, iure ciuili non ualet.

SED si quæras, quæ nam est ratio, quamobrem extra illos casus, donatio inter patrem, & filium, non ualet, dicas quo ad ius naturale, eam sine dubio ualere, quo ad ius uerò ciuile, minime, differentiæ ea est ratio, quod ius ciuile, solum est inter eos, in quibus esse lex potest, ij autem sunt illi, quibus dominandi, obtemperandique per uices æqualitas inest. Aristo. v. Ethic. eiusmodi autem sunt ciues, qui dicuntur socij, ciuitas enim societas est quædam. Aristo. i. Politi. Ciues itaque modo dominantur, modo

Ius ciuile inter quos esse potest

obtemperant, dominantur quando ſunt in magiſtratu, obtēperant autem eo depoſito, & per conſequens dum priuati degunt.

Hæc autem dominandi obtemperandiꝗ; æqualitas, inter patrē & filium, eſſe minime poteſt, cum filius ſit pars quædam patris ſeparata, v. Ethic. pars uero, toti minime dominari debet, quamobrem inter patrem & filium non eſt poſita lex ciuilis, & conſequenter, nec ius, nec obligatio, & hoc à legumlatore in uniuerſū ſtatutum fuit. Ius autem boni & æqui, quibuſdam in caſibus, de quibus ſupra, aliquam ob cauſam, quæ rationem habet, immutauit, utrumꝗ; igitur ſeruari eſt iuſtum, cum utrūꝗ; a facultate legumlatrice; ſit conſtitutum.

At natura iſtā; obtēperādi dominādiꝗ; æqualitatē, nō cōſiderat ſed ſolum reſpicit, id quod eſt bonū, conſentaneumꝗ; rationi, ratio enim ſemper inuitat ad res honeſtas, Ariſt. ij. Ethic. dictatꝗ; fidem, pactaꝗ; ſeruari, nihil enim magis congruum rationi humanæ eſt, quam ea quæ placuerunt ſeruari. l. 1. ff. de pac. Ob huiuſmodi igitur æquitatem, naturalis obligatio, inter patrem. & filiū merito naſcitur. d. l. frater à fratre, naſcitur inquam eo modo ut diximus in declaratione obligationis naturalis.

CXXXV. Declaratio an penes filium inſtitutū hæredem, aliquod ius remaneat.

QVærunt Doc. ſi filius inſtituatur hæres, & iuſſu patris adierit hæreditatem, quo facto, hæreditas acquiritur patri. l. placet. ff. de acqui. hæred. & . l. acquiritur. §. ideoꝗ; . ff. de acqui. rer. domi. quærunt inquam, an penes filium, qui ſine dubio, dicitur hæres, remaneant iura directa, uel utilia: cōmunis ſcribentium opinio eſt, filium non dici hæredem, etiam nomine, quo ad directas & utiles actiones, et ſic quo ad iuris effectum, ſed omnino patrem hæredem, etiam nomine, quo ad directa, & utilia iura efficit, dicitur iamē filius hæres, quo ad effectum facti, hæc doc. intellige, ut id quod eſt facti, habeat locum in perſona filij, exēpli cauſa, ſi quis fuerit iuſſus dare hæredi, cauſa conditionis implendæ, deberet dare filio, ut ſcripto hæredi, non autem patri, cū illa datio ſit facti. l. qui hæredi in prin. ff. de condi. & demon. & ſic filius non eſt hæres, etiam nomine, quo ad effectum iuris, ſecundum Doc.

Sed contra hoc uidetur tex. in. d. l. cum filio familias. ff. de leg.

.i. in uerſ. deniqꝫ ubi dicitur, patrem teneri ad fideicommiſſum, tertio reſtituendum, ex perſona filij, & ſic poteſt detrahere Trebellianicã, ergo filius erat hæres etiam quo ad iuris effectum, ſolum enim is poteſt Trebellianicam detrahere, qui ut hæres directus rogatur reſtituere .l. mulier .§. ſi. ff. ad Trebell. l. lex falcidia, §. fi. ff. ad .l. fal. & Doc. in .l. cum filiofamilias. ff. de leg. i. ſed pater detrahit Trebellianicam, ex perſona filij, ut hæredis, ergo illud nomen hæres, apud filium habet effectum iuris, ꝫ cum detrahere Trebellianicam, ſit iuris effectus, eſt enim à iure id conſtitutum. Inſti. de fideicom. hæred. & ad Trebell. ff. ſi igitur pater ex perſona filij tenetur, & ita poteſt detrahere Trebellianicam, ergo filius remanet hæres directus. Item communi opinioni aduerſatur hic tex. ubi pater eſt rogatus, reſtituere filio, deinde reſtituens, non detrahit Trebellianicam, ratio quia pater non ut hæres, ſed ut pater rogari uidetur, ſi non ut hæres, ergo pater non eſt hæres directus. Ad hæc Doc. reſpondent, ſed mihi minime ſatisfaciunt.

CXXXVI. Declaratio .l. nihil eſt aliud .ff. de uerb. ſig.

TV uerò pro clariori huius difficultatis intelligentia, dicas, id quod alias dictum eſt, diximus enim mortuo aliquo quod ciuitas, ſeu lex omnia illius iura, utilia inquam, & directa, in unum colligit, ex qua collectione, fit quoddam ius uniuerſum, continens ſub ſe omnia iura particularia, ſicut animal in genere, ſub ſe omnia animalia particularia continet, & iſtud ius uniuerſum nõ eſt hæreditas, deinde lex ſeu ciuitas producit quãdam ſucceſſionem, quæ hæreditas nuncupatur.

Hereditas nõ ē uniuerſum ius defuncti

Et ut melius intelligas, finge hanc ſucceſſionem eſſe puellam quandam, hæc autem puella, ſuccedit in illud ius uniuerſum, efficiturqꝫ illius iuris domina: hanc ob cauſam, ea puella uocatur hæreditas, quaſi illius uniuerſi iuris domina, cũ hæreditas nil aliud ſit, quam domina .l. hæreditas in multis .ff. de acqui. rer. domi. & .l. non minus. ff. de hæred. inſti.

Hereditas domina.

Hæc ſanè ex diffinitione hæreditatis, facilè colliguntur, dum iureconſ. ait nihil eſt aliud hæreditas, quam ſucceſſio in uniuerſum ius, huiuſmodi autem ſucceſſio, non fit ab homine, ſed eſt quædam ſucceſſio, quam lex facit, ſtatim homine mortuo, ita Bar. in .l. bona in .ij. col. verſ. quæro ergo. ff. de bo. poſ. & hæc ſuc

cessio, ut dictum est, uocatur hæreditas, hæc igitur puella, hoc est hæreditas, interdum desponsatur à lege ab intestato, & tunc si is, cui à lege desponsata est, eam accipiat, efficitur hæres, hoc est dominus illius iuris uniuersi, & consequenter iurium particularium sub uniuerso illo contentorum, interdum à testatore desponsatur, quam si sponsus accipiat, itidem fit illorum iurium hæres, hoc est dominus, hæres enim idem est quod dominus. §. fi. insti. de hæred. qual. & diffe. Heres & dominus idē est.

Pone nunc aliquem puta Flaminium, spopondisse illam puellam Fabio filio Francisci, hoc est instituisse Fabium hæredem si Fabius iussu patris accipiat illam puellam, hoc est illam successionem, & sic adeat illam hæreditatem, efficitur statim hæres, hoc est dominus illius iuris uniuersi, & consequenter iurium particularium, & ideo acquirit sibi tam ius uniuersum, quam iura particularia, illo iure uniuerso contenta, generalibus enim specialia insunt. l. semper. ff. de reg. iur. sed quia iure constitutum est, ut quodcunque sibi filiusfamilias acquirit, eius emolumentum seu cōmodum patri acquirit. l. i. ff. si à paren. quis fue. manu. Ideo acquiritur Francisco patri ipsius Fabij emolumentum illius iuris uniuersi, hoc est omnia iura particularia, tam directa quam utilia, illud uerò ius uniuersū tā directū quam utile, remanet penes filium, & hanc ob causam filius dicitur hæres. hoc est dominus: est enim dominus illius iuris uniuersi, si enim non esset dominus illius iuris, utique non diceretur hæres, cum hæres & dominus idē sint, sed hæres sine dubio dicitur. d. l. qui hæredi. ff. de condi & demon. & l. qui liberis. §. hęc uerba. ff. de uulg. & pupil.

Si igitur est dominus, ergo alicuius rei est dominus: quemadmodum si est ala, alicuius alati ala est, & si est pater, alicuius filij pater est, si scientia ergo alicuius scibilis scientia est, è contrario quemadmodum si non est pater, non est filius, si non est scibile, non est scientia, ita si non est res cui dominetur, non est dominus sed filius sine dubio ex ea hæreditate remanet hęres, ergo aliquid est apud eum ex ea hæreditate, cui dominetur, cuius igitur rei dominus erit? nisi illius iuris uniuersi. Erit igitur filius hęres, hoc est dominus illius iuris uniuersi, pater uerò erit hęres iurium particularium, sibi per filium acquisitorum, sicut in simili dici solet, Imperator est dominus totius mundi, quoad dominium uuiuersale, alij uerò sunt domini rerum particularium. Si filius est dominus alicuius rei dominus est.

Item territorium est uniuersitas agrorum. l. si pupillus. §. territorium. ff. de uerb. sig. cuius uniuersitatis est dominus loci prin-

ceps,agrorum autem illa uniuersitate contentorum domini ciues particulares existunt.

Ex supradictis facile patet,filium institutum propriè, & quo ad nomen,& quo ad ius directum uniuersum, heredem existere, directasq; actiones in uniuerso,apud eum remanent, patrem uerò esse hæredem,& quo ad nomen, & quo ad iura particularia sibi acquisita,uti emolumentum illius iuris uniuersi à filio acquisiti.d.l.i,si a paren.quis fue.manu.ff. quam ob causam, in patre transeunt actiones directæ particulares , remanentq; apud eum quibus potest & conuenire & conueniri.

Sed huic sententiæ occurret quispiam inquiens,si ita esset, sequeretur patrem & filium esse dominos insolidum, id quod iure fieri nequit.l si ut certo.§.si duobus uehiculum.ff.commo. & .l.hæreditate.§.pater peculij.ff.de cast.pecul.

CXXXVII. Declaratio, quomodo dominium possit esse apud duos insolidum.

AD hoc respõdẽs ingenue fateor,duos nõ posse hæredes fieri insolidũ,eodẽ dominio particulari,ita loquitur tex.in .d.§.si duobus,& in.d.§.pater,ibi.n.pater iusserat in testamento seruum peculij castrensis esse liberum,itidem fecit & filius,intestato defuncto prius filiofamilias,mox patre: quærebatur an libertas seruo competeret , occurrebat enim non posse apud duos idem dominium pro solido esse, loquitur igitur de dominio unius serui,quod sine dubio apud duos esse minime potest.

Sed in casu nostro pater & filius,non sunt domini pro solido eodem dominio in genere,uel in specie.sed filius est dominus illius iuris uniuersi,pater uero iurium particularium,ut dictum est hoc autem esse potest,ut patet in imperatore,qui est dominus totius mundi,non autem est dominus rerum particularium absolute,singuli uero homines sunt domini rerum singularum, nam licet dominium quod est penes Imperatorem insit rei meę , sicut genus inest speciei,tamen non est dominus simpliciter rei meæ, sicut animal non est simpliciter homo,quia in homine est alquid plus,hoc est rationale,quod non est in animali, possumus igitur intellectu concipere, Titium esse dominum animalis in genere,

Imperator domin⁹ toti⁹ mundi quomodo intelligitur

& Sempronium esse dominum animalis in specie, & hoc nullã habebit pugnantiam, de hoc plenè diximus in declaratione bonor. posses.

Ita ad propositum filius potest habere iura & actiones in uniuerso quæ ad exercitium non deducentur, habent tamen aliquem effectũ, ut dictũ est supra: pater autem habebit iura particularia, particularesq; actiones etiam directas, non sunt ergo domini ꝑ solido eodem dominio, & sic non obstat obiectio.

CXXXVIII. Declaratio, uerba illa ex persona patris & ex persona filii, quomodo intelligantur in. l. cum filio familias. ff. de leg. i.

EST sanè animaduertendum illud ius, hoc est illam successionem, quæ est penes filium, dici propriè hæreditatem. d. l. nihil est aliud, illa uerò iura particularia patri acquisita, non dicuntur propriè hæreditas, sed appellantur hæreditas eo ꝙ sub hæreditate, hoc est sub illo iure uniuersali continebãtur. Et quia pater & filius una & eadem persona censentur. l. fi. C. de impub. & al. sub. (quo fit ut uox filij uox patris, uox patris uox filij dicatur. §. ei uerò. Inst. de inutil. stipul.) perinde est ac si esset unum corpus, habẽs duo capita (quẽadmodũ dici solet de illo Iano bicipiti) hoc est caput filij, & caput patris, unũ tamen corpus fictione existimatur, sicuti dicimus de seruatore nostro Iesu Christo, qui est una persona ex diuina & humana natura subsistens, is. n. quando dicit, ea quæ possunt diuinæ naturæ conuenire, loquitur tanquam homo, ut cum dixit, pater maior me est, cum uerò dicit, ea quæ non possunt humanæ naturæ accommodari, loquitur tanq̃ Deus, ut cum dixit filius hominis habet potestatem dimittendi peccata.

Ita in proposito quando pater rogatur restituere hæreditatem extraneo, intelligitur de ea, quæ est propriè hæreditas, uerba. n. simpliciter prolata, capienda sunt in potiori significatu. l. i. si ager uec. uel emph. pet. ff. & sic censetur rogatus ex capite, seu persona ipsius filij, quæ una est cum sua. Quamobrem ipse pater cum sit eadem persona cum filio, tenetur non ex persona sua, cũ illa uerba non conueniant personę suę, hoc est cum non sit apud

Ratio quare pater rogatus restituere hæreditatem extraneo tenetur ex persona filii.

ipsum propriè hæreditas, tenetur igitur ex persona filij, quæ est idem, quod ipse, & ita intelligitur tex. dum dicit, quoniam ex persona filij tenetur, detrahit itaque Trebellianicam ex persona filij, qui est proprie hæres.

Ratio quare rogatus pater restituere filio tenetur ex persona sua

Quando uerò testator rogauit patrem, ut restituat hæreditatem filio, quia huiusmodi uerba non possunt intelligi de hæreditate propria, & sic de illo iure uniuerso, quod est penes ipsum filium, & ideo ei restitui non potest, quod enim meum est. amplius meum fieri non potest. §. sed si rem. Inst. de leg. Necessario intelligendum est de illa hæreditate, quæ est penes patrem. quæ, ut dictum est, improprie dicitur hęreditas, quamobrem censetur rogatus restituere illa iura particularia, quæ sunt penes ipsum, & ita fideicommissum ex persona patris uires capit, hoc est pater ex persona sua obligatur ipsi filio iura illa particularia restituere, & ita fideicommissum habet uires, hoc est fundatur, consistitque in persona patris, qui tenetur illud filio restituere, non dicitur igitur ex uoluntate testatoris, ut nonnulli scribentes uoluerunt, immo pater tenetur & cogi potest a filio. per. l. cogi. §. si pater. ff. ad Trebell.

Et quia ex persona sua, non est propriè hęres, non censetur rogatus ut hęres, sed ut pater, hinc fit ut non possit detrahere Trebellianicam, quæ solum ab eo, qui proprie & directus ex testatoris dispositione est hæres, detrahitur & ita intelligitur tex. dum dicit, tunc ex persona ipsorum, hoc est patris seu domini fideicommissum uires capit, hoc est fundamentum habet, Subdit deinde, cum ipsis, hoc est filio, seu seruo, facias subdistinctionem, deinde capias illa uerba, fideicommissum hæreditatis relinquitur cum ipsis inquam per quos commodum patri, dominoue quæritur.

CXXXIX. Declaratio, quare pater rogatus restituere filio, non detrahit Trebellianicam.

SED hic quæritur, quamobrem pater rogatus restituere filio non detrahit Trebellianicam. Doc. dicunt id fieri, eo quòd pater habet hoc beneficium, ut sit hæres, à filio, quam ob causam non debet illo aduersum filium uti. l. amicissimos in fi. ff de

execu, tut. Hoc mihi minime placet: huiusmodi enim beneficiū ut pater sit hæres, nō habet à filio, sed ex legis dispositione, l. placet. ff. de acqui. hæred.

Item ut possit detrahere trebellianicam, non à filio, sed ex senatus consulto Trebell. accipit. ff. ad Trebell.

Ratio itaque uera est, quod is solus potest Trebellianicam detrahere, qui potest facere, ut fideicommissum extinguatur, causa enim quamobrem Trebellianica inducta fuit est, ne fideicommissa extinguātur, nam si rogati restituere, nollēt hæreditatem adire, fideicommissum utique extingueretur, ut igitur aliquo allecti commodo, hereditatem adirent, concessum fuit eis à senatus cons. Trebel. ut quartam retinerent. Insti. de fideicom. hæred. §. sed quia hæredes. Filius itaque scriptus hæres poterat, etiam iubente patre, nō adire hæreditatem, quamobrem fideicommissa extinguerentur. d. §. sed quia hæredes, cum igitur filius adiuerit hæreditatem, est in causa ut illud fideicommissum ualeat, adita uerò hæreditate, illud ius uniuersum defuncti, remanet penes ipsum filium, & ob id habet beneficium à Trebell. senatus cons. concessum, quo beneficio, ex persona filij pater aduersus extraneum, uti potest. d. l. cū filio familias, ratio est, quod una & eadem persona cum filio existimatur. d. l. fi. C. de impub. al. sub. Est enim filius pars quædam patris separata, ut ait Aristo. & perinde est ac si ipse pater adiuisset.

Trebellianica quare fuit inducta

At pater rogatus restituere filio, rogatur uti pater, nō uti filius nō potest detrahere Trebellianicam, propterea quod ipse non est causa immediata ne fideicommissum extinguatur, nō enim ipse adiuit hæreditatem. Præterea in patrem non transit illud ius uniuersū quæ est hæreditas. d. l. nihil est aliud, sed transeunt iura particularia, ut supra demonstratum est. Hæc etiam est causa, quamobrem pater non detrahit Trebellianicam, cum is dūtaxat detrahat, penes quem est illud ius uniuersum.

Trebellianicam quare pater rogatus restituere filio non detrahit.

Posset hic quæri, quamobrem bonorum possessor, grauatus restituere, potest detrahere Trebellianicam. l. i. §. bonorum ad Trebell. Et primus fideicommissarius grauatus restituere secundo, eam non detrahit. l. 1, §. idem Neratius. ff. ad Trebell. & tamen uterque habet iura utilia, ratio est, quòd bona in proposito, est successio uniuersitatis cuiusque qua succeditur in ius mortui, in quà quidem uniuersitate continentur omnia iura defuncti utilia. l. bona. ff. de bo. posses.

Bonorum itaque possessor accipiens hanc successionem, acqui-

rit illud ius uniuersum: quam ob causam potest detrahere Trebellianicam. At primus fideicommissarius, restituta sibi hæreditate solum acquirit iura particularia. §. restituta de fideicom. hæred. Insti. hanc ob causam non detrahit Trebellianicam.

Trebellianicam penes quē est illud ius uniuersum is detrahit

Concludo igitur, eum dumtaxat posse Trebellianicam detrahere, penes quē est illud ius uniuersum, siue iure ciuili, siue iure prætorio.

Is uerò penes quem sunt iura particularia, siue directa siue utilia, detrahere Trebellianicam minime potest.

Item is potest detrahere, qui adiens hæreditatem, est causa ne fideicommissa extinguantur.

CXL. Declaratio, quare filius restituta patri hæreditate, dicatur hæres.

Hereditas aliud est aliud hereditatis cōmodum.

Reuertor nunc ad tex. ex quo nota diligenter uerba illa, commodum hæreditatis non enim dicit Papinianus, per quos hæreditas patri, dominoue quæritur, aliud est igitur hæreditas, aliud hæreditatis commodum, sicut aliud est fundus aliud fundi commodum, commodum igitur hæreditatis, hoc est illa iura particularia, seu directa seu utilia, acquiritur patri, hæreditas uerò hoc est, illud ius uniuersum, seu (ut melius dicam) successio illa in uniuersum ius, remanet penes filium ut dictum est. Erit igitur filius propriè hæres, quo ad ius illud uniuersum, hinc fit, ut grauatus dare hæredi, causa conditionis implendæ, si dat patri, non adimplet conditionem, quia non est proprie hæres, sed dari filio necesse est, qui propriè dicitur hæres.

Filius institutus proprie heres pater uero non.

Item si testator dicat, quisquis mihi hæres erit, filio meo hæres esto, non pater, qui per filium hæres, existit sed ipse filius ad substitutionem uocatur. l. qui liberis. §. hæc uerba. ff. de uulg. & pupil. ratio est quia filius proprie est hæres, & ideo, is ad substitutionem admittitur, non autem pater, qui impropriè dicitur hęres & consequenter impropriè apud eum est hæreditas, illa enim bona, seu iura particularia, quæ patri acquiruntur, non propriè dicuntur hæreditas, ut supra dictum est.

Quod autem illa bona quodammodo dicantur hæreditas, ita ostenditur instituto Sempronio hęrede, à Titio, aditaq́ ab eo hæreditate, omnia quidem iura ad eum transeunt. l. cum hæredes. ff. de acqui. possess. intellige tu, iura uniuersalia; hæreditas enim est

illud ius uniuersum, seu potius successio in illud, non autem sunt bona particularia, si igitur bona Titij particularia à tertio possideantur, & Sempronius uelit illa habere, quod remedium habebit? hæreditatis petitionem profecto ut tot. tit. de peti. hæred. ff. si habet petitionem hæreditatis, ergo petit hæreditatem, sed quo nam modo petit hæreditatem, quam Sẽpronius adiuit, habetque necesse est in eo titulo bona particularia appellari hæreditatem, licet impropriè, ita sentit Bar. in. l. Bona col. ij. uers. postquam enim. ff. de bono. pos. Bona particularia defuncti dicitur ét hæreditas

Ita in re proposita, instituto filio familias hærede, aditaque ab eo, patris iussu hæreditate, illud ius uniuersum, quod est propriè hæreditas, simul cum iuribus particularibus in ipsum transeunt .d.l. cum hæredes. ff. de acqui. pos. Sed illa iura particularia cõfestim acquiruntur patri nec momento quidem apud filium remanent. d.l. placet, de acqui. hæred. quę bona seu iura particularia dici possunt quodãmodo hæreditas, ut dictum est, de hac hæreditate loquitur. d.l. placet. & .l. i. §. acquiritur. ff. de acqui. rer. domi. cęteraque leges, quibus receptum est patri, per filium acquiri hæreditatem: Illud uerò ius uniuersum, & directum quidem quę est propriè hæreditas, remanet penes filium ab eoque apellatur hæres si enim apud filium ius illud uniuersale non remaneret, non posset utique dici hæres. .l. placet de qua hereds

Veluti si quis acquirat artem musices, dicitur musicus, at si ab eo, ars illa penitus tolleretur, non posset profectò musicus nominari, sed filius, acquisita iam patri illa impropriè hæreditate, ad huc dicitur hæres. d.l. hæredi & .d. §. hæc uerba, ergo apud ipsũ remanet hæreditas, unde capit nomen, Doc. dicunt quod filius dicitur hæres nomine, idest nominatus, seu institutus in testamento, qui nec directas, nec utiles habet actiones.

Ego uerò, aut non intelligo, aut ipsi nihil dicunt: finge enim Sempronium instituisse Titium hæredem, legasseque fundum seio etiam in codicillis, hac lege, si decem dederit hæredi suo, mortuo Sempronio, Titius repudiat hæreditatem, finge rursus hæredem Sempronij ab intestato fratrem existere cui nam dabit seius decẽ ut fundum consequatur, certè secundum Doc. deberet Titio dare cum fuerit hæres nomine tantum, idest nominatus, seu intestamẽto scriptus. Sed quid hoc absurdius dici posset, neminem puto hoc dicturum, cum nulla lege, nullaque authoritate probari possit, dabit igitur seius legatarius fratri testatoris, qui adiuit hæreditatem, & sic est proprie, & directus hæres.

Ita in casu proposito id quod dandum est conditionis impl dæ causa, filio dari oportet, d.l. qui hæredi, non autem patri, re manet igitur filius hæres nõ solum nominatus, ac scriptus ut aiu sed uerè cum apud ipsum sit illud ius uniuersum directumq́

Filiᵘˢ acquirens ré particularem omne ius acquirit patri

Animaduertendum tamen est, quando filius acquirit aliquo ius particulare, ueluti si stipuletur sibi dari fundum, omne ius et iam directum acquiritur patri, nihilq́ iuris penes ipsum remane cum hoc casu non sit ius uniuersum, quod possit penes filium re manere, sed tantum particulare, quod patri acquiritur. Non enim acquiritur patri proprie ipsa hæreditas, quę est penes filium, sed ipsius hæreditatis emolumentum ac commodum, ut apertè dic tex. in d.l.i. si à paren. quis fue. manu. ff. & hac. l. cum filiofami lias, ibi, commodum hæreditatis. Nescio itaq́ quid sibi uelint Doc. dum aiunt, filium non dici hæredem, etiam nomine quoad directas & utiles actiones, & sic quo ad effectum iuris.

CXLI. Declaratio quare filius restituta patri hæreditate non exercet hæreditarias actiones.

SOLET dubitari quamobcausam filius restituta patri suo hæreditate, actiones hęreditarias non exerceat, cum sit hæres.

Generalia nõ cadunt in actioné nec agunt

Tu posses rem ita explicare, uniuersalia nõ cadunt in acti onem, neq́ reducuntur ad exercitium, particularia enim sunt ea quæ in actionem ueniunt. Arist. vij Ethic. Exempli causa, ani mal in genere nec comedit, nec bibit, nec quidpiam aliud facit, & ideo non habet effectum in exercitio, sed animalia particula ria sub illo contenta, edunt bibunt, currunt &c. & sic habent effe ctum & exercitium.

Item qui habet territorium tantum, hoc est uniuersitatem agro rum non arat, neq́ seminat, & ita habet uniuersitatem illam sine effectu, habet tamen effectum terendi summouendiq́ hi uero qui habent agros particulares arant seminantq́.

Ita filius, qui habet illud ius uniuersum, seu illam in uniuer sum ius successionem, quæ proprie est hæreditas, non exercet acti ones, hoc est non conuenit neq́ conuenitur, & hoc modo posset dici eum non habere actiones cum effectu, & ita quo ad hoc nõ dicetur hæres cum effectu, habet tamen alios effectus, quia quan

do hæredi dandum est, ei dari oportet, non autem patri. Item si hæres substituatur alicui filio impuberi, ipse filius ad substitutionem uocatur: non autem pater, d. l. qui hæredi. & d. §. hæc uerba.

At pater qui particulares habet actiones conuenit conueniturque quemadmodum dici solet, quod restituta hæreditate, restituens remanet proprie hæres, & apud eum sunt actiones directæ sine effectu, nõ n. potest cum effectu conuenire neque conueniri, sed fideicommissarius habet eas cum effectu, potest enim conuenire ac conueniri. l. i. ad Trebell. & tamen is improprie dicitur hæres.

Ita filius est proprie hæres. & apud eum illud ius uniuersum, uniuersitasque actionum existit, quas non potest cum effectu exercere, cum uniuersalia (ut dictum est) in actionem minime ueniant erit igitur filius similis restituenti hæreditatem ex senatuscons. Trebell. Pater uero habet iura particularia directa quidem, & ea potest exercere cum effectu, & tamen dicetur improprie hæres, sicuti & fideicommissarius.

Sed interdum illud nomen hæredis penes filium est cum effectu, & quidem iuris puta si testator dicat, quisquis mihi hæres erit, impuberi filio meo hæres esto, quo casu non pater sed filius ad substitutionem admittitur, nonne igitur hoc nomen hæres apud filium magnum habet effectum, cum ad substitutionem admittatur, si ad substitutionem admittitur, ergo habet ius adeundi. l. is potest. ff. de acquir. hæred. & ibi Bar. si habet ius adiundi, ergo habet effectum iuris. Verè igitur est hęres etiam quo ad actiones directas sine exercitio tamen, & interdum quo ad effectum iuris ut diximus. [Nomẽ heres penes filium ẽ etiã cum effectu iuris.]

Et licet Bar. d. l. qui hæredi, & d. §. hæc uerba, dicat ideo conditionem istam esse implendam in filio uel seruo, quia implementum conditionis est quid facti, & quo ad ea quæ sunt facti, pater uel dominus non dicuntur esse hæredes, nescio quid dicat, nõ enim quærimus, an conditionis implementum sit facti uel iuris, sit sanè quid facti, tamen istud factum ita posset impleri in patre sicut in filio, quid si legatarius iussus esset dare patri, nonne patri dari oporteret, ut conditio impleretur, oporteret profectò. l. Meuius ff. de cond. & demon. sed quia iussus est dare hæredi. & quia filius & pater dicitur hæres, dubitabatur cui dandum esset, respondet Iureconsult. dandum esse filio, seu seruo, non autem patri seu domino, ratio est, quod filius propriè directus est hæres.

Item dum Bar. dicit, quod illa uerba quisquis mihi hæres erit, re-

soluuntur in conditionem, idest si aliquis mihi hæres erit, sed implementum conditionis, dicitur esse facti, & quo ad ea quę sunt facti, pater & dominus non dicuntur hæredes, sit sanè ut ais Bar, sed quid? testator dixisset, si pater mihi hęres erit filio meo sit hæres, nonne hæc est conditio, & etiam quid facti, & tamen in patre implenda esset, eo quod esset per se hæres directus: sed quia testator dixit quisquis mihi hæres erit, quæ uerba possunt propriè & improprié de hærede intelligi, ideo de filio intelligenda sunt, qui propriè est hæres, ut supra demonstratum est.

Heres propriè & impropriè

Sunt nõnulli qui dicant, ideo ea uerba in filio uerificari, quia testator intellexit de hærede scripto, sed quid si testator scripsisset hæredem Petrum, & postea dixisset quisquis mihi hæres erit, filio meo hæres esto, uel aliquid fuisset iussus dare hæredi, quid si Petrus nollet esse hęres, quo casu hæreditas ad legitimos pertineret, nunquid Petro scripto hęredi dandum esset, item nunquid Petrus uocabitur ad successionem filij, quippe ex istorum sententia Petro esset dandum, Petrusque ad substitutionem uocaretur, cũ sit & scriptus & nominatus hęres, id quod falsum est, nulloque iure probari potest, non est igitur recipiendum.

Ex supradictis clarè constat, filium esse directum & propriè hęredem, quo ad illud ius uniuersum, hanc ob causam is uocatur ad substitutionem, eique conditionis implendę causa dandum est, non ut filio sed ut hęredi. & quicquid dictum est de filio, potest etiam de seruo dici, cũ seruus & dominus possint eadem persona censeri. nã uox serui, uox domini ut in. §. ei uerò, & ibi glos. &. §. post mortem Inst. de inutil stipul.

In ultima parte huius legis cum filiofamilias, in qua dicitur si pater rogatus sit restituere filio post mortem suam, id est ipsius patris, & filius uiuo patre decedat, quo casu fideicommissum est effectum caducum. l. unica. §. cum triplici. C. de cadu. tollen. Ait Iureconsul. patrem retenturum fideicommissum: ratio est (ut ait) quoniam fideicommissum ex persona patris sui uires recepit.

Vult itaque Iureconsul. aliud esse si pater rogatus fuisset restituere extraneo. post mortem suam, quo casu fideicommissum ex filij persona uires sumit, ut in uer. denique, & sic cessat ratio, quamobrem fideicommissum mortuo extraneo fideicommissario debeat penes patrem remanere. cessante enim ratione legis, cessat legis dispositio. l. adigere, §. quamuis. ff. de iur. patron. si non remanet penes patrem, apud quem igitur remanebit, scribentes uario mo

do respondent. Paul. de Cast. & Aret. dicunt, quando pater post mortem suam, rogatur extraneo restituere, si extraneus moriatur uiuo patre, & filius eo tempore sit sui iuris, fideicommissum remanebit penes filium, cum ex persona filij, fideicommissum sum pserit uires. l. si cum hęres quando dies leg. uel fideicommi. cæd. hęc illi.

Sed dicant obsecro, si tempore quo extraneus moritur, filius non erit sui iuris, apud quem fideicommissum caducum remanebit, apud filium ex eorum sententia non, cum non sit sui iuris, apud quem igitur hunc casum porro indecisum relinquunt. Doctores nō bene intelligunt patem legis

Tu uerò pro ueritate supponas, fideicommissum seu legatum caducum apud eum remanere, ex cuius persona uires sumit, seu debetur. d. l. si cũ hæres, & l. unica. §. in primo cum sequen. C. de cadu. tollend.

C X L I I. Declaratio, quomodo fideicommissum relictum extraneo, effectum caducum remaneat penes filium.

QVando pater post mortem suam rogatus est restituere filio isq; uiuo patre decedat, fideicommissum remanebit penes patrem quippe cum ex persona patris uires capiat, ut hac lege. Quando autem pater, post mortem suam, rogatur extraneo restituere, & extraneus uiuo patre moriatur, fideicommissum ita caducum, remanebit penes filium, cum ex persona filij recipiat uires, remanebit inquam pene filium, siue sit sui iuris, siue non.

Sed dicent fortasse Paul. & alij, quo nam pacto apud filium remanebit, cum statim patri reacquiratur. l. placet. ff. de acqui. hæred.

At tu audacter dicas, id patri minime reacquiri, nam quando filius aliquid à patre acquirit, siue obligationem, siue dominium id patri nequaquam reacquiritur. l. frater à fratre. ff. de condi. indeb. & ibi Doc. & præsertim Ias. & ita aiunt limitari. l. placet, ut dictum est supra in secunda regula. Noua declaratio ultime legis

At in casu nostro, filius, huiusmodi fideicommissum acquirit à patre, & ideo ad patrem non reuertitur, quod autem à patre ac-

quirat ita ostenditur, si extraneus cui restituendum erat, uiueret, utique ipse pater restitueret extraneo. sed cum extraneus uiuo patre, decesserit, idem pater soluet filio. & sic profectum a patre, ad patrem non reuertitur, per dictam regulam secundam. Non enim filius, sed pater ex persona filij tenebatur, ut in. l. nostra ibi, quoniam, ex persona filij tenetur, si pater tenetur & restituit filio, ergo filius acquirit à patre

Sed quid acquirit, si illud ius uniuersum remansit penes filium ut supra dictum est, acquiret inquam iura illa particularia, quæ in patrem transiuerant et unientur cum iure uniuersali, habebit itaque filius hoc casu, & uniuersalia, & particularia iura, uerum tamen quod ex illis postea acquiret, ut puta fructus, patri certè acquiret donec sui iuris efficiatur.

Sed dicet fortasse quispiam in lege nostra, filium non acquirere fideicommissum à patre, sed à testatore, qui ipsum filium instituit patremque rogauit, ut filio restitueret. Sed dicas filium immediate acquirere à patre, cum pater teneatur restituere, restituetque iura sibi iam acquisita, qua restitutione facta, illa iura, quæ ex legis dispositione erant patri acquisita, mox ipsi filio acquirunt. §. restituta Insti. de fideicom. hæred. Quis igitur neget huiusmodi fideicommissum à patre proficisci in filium, acquirit enim filius a patre, ueluti à causa propinqua, & ex iudicio testatoris, ueluti ex causa remota, sicut dicitur, sol & homo generant hominem, homo tamen generat ut causa propinqua, sol autem, ut causa remota, sed magis causa proxima quã remota consideranda est.

Magis attenditur causa propinqua quã remota

Sed quærunt Doc. si fideicommissum acquiritur filio, qua actione filius contra patrem aget cum lis nulla filio cum patre esse possit l. lis nulla. ff. de iudi. dicas à filio aduersus patrem posse agi actione ex testamento, sicut quilibet extraneus ita ageret, nec obstat. d. l. lis nulla eo quod illa lex locum dumtaxat habet quando inter patrem & filium non potest esse in iustum, ueluti quando filio nihil acquiritur.

Declara

CXLIII. Declaratio, quare inter patrem & filium non post esse lis.

PRO hoc sciendum est, legem his positam esse, in quibus potest esse iniustitia atque iudicium: iudicium enim est diiudicatio iusti & iniusti: iniustum uerò est lucrum seu damnum, plus seu minus, iustum autem seu æquum, est inter lucrum & damnum, & inter plus & minus. v. Ethic. ergo inter eas personas, in quibus non potest esse iniustum non est iudicium, cum iudicium sit diiudicatio iusti atque iniusti, ut dixi, si non est iudicium, ergo nec actio, cum actio sit ius persequendi in iudicio. &c. Inst. de actio. in prin.

Lis quādo inter patrē & filium nō pōt esse & quando potest.

Quando igitur filius olim aliūde quam à patre acquirebat, id totum patri acquirebat. §. i. Inst. per quas person. no. oblig. acqui. quamobrem inter patrem & filium, eo casu non poterat esse iniustum merito cum patre lis nulla filio esse poterat. At quādo filius à patre acquirebat, id patri minime reacquirebatur, sed penes filium omnino remanebat ut supra demonstratum est.

Quamobrem inter patrem & filium iniustum iniquumque eo casu esse poterat, ueluti si pater noluisset restituere, uel aliquid damni in bonis dicti filij dedisset, quare pater fuisset in lucro, filius autem in damno, id quod fuisset iniustum: At ubi est iniustū potest esse iudicium, quod est diiudicatio iusti atque iniusti, si iudicium, per consequens & lis.

In casu legis nostræ filius fideicommissum à patre acquirit, quod patri minime reacquiritur per secundam regulam supra positam, posset itaque inter patrem & filium esse iniustum, ueluti si pater nollet restituere id quod filio debetur, si iniustum, ergo & iudicium, si iudicium ergo & lis.

Aget itaque in casu nostro filius actiōe ex testamento aduersus patrem, etiam si sit in potestate, cum ex nostra sententia in hac lege fideicommissum ualeat, restituendumque sit filio, etiam in potestate existenti, & licet sit in potestate poterit tamen agere cum habet bona propria, sicut filiusfamilias miles etiam in potestate existens, potest aduersus patrem ratione castrensis peculij, sine dubio agere. d. l. lis nulla, ratio est, quia potest inter patrem & filiū familias militem esse iniustum, ergo & iudicium, & per consequens lis.

Item hodie in aduentitijs inter patrem & filium, potest esse iustum & iniustum, quapropter inter eos est obligatio ciuilis, ut tenet Bar. in d. l. frater à fratre, & ibi Ias. in xvi. col. in uers. capio quartam, & de hoc plenè diximus supra in declaratione, quamobrem inter patrem & filium non est obligatio ciuilis.

Solet quæri an lex nostra hodie locum habeat ut hoc claré intelligas, ita distinguendum est, aut sumus in profectitia aut in aduentitia hæreditate. Primo casu lex nostra in prima parte, in qua dicitur à patre posse fideicommissum filio instituto relinqui procedit hodie quemadmodum & olim, ita dicit Bart. cui ego assentior.

In secunda uerò parte ubi dicitur, fideicommissum relictum à patre ipsi filio, recipere uires ex persona patris ait Bar. hodie nõ procedere, si quidem fideicommissum relictum à patre ipsi filio, siue extraneo, non ex persona filij, sed ex persona patris uires recipit, cum filius fuerit institutus patris contemplatione. alleg. l. quidam cum filium. ff. de hæred. inst. hoc enim casu pater non dicitur habere a filio, immo habet a se, licet per mediam personam filij, & si ita est, pater rogatus restituere etiam ipsi filio, poterit retinere Trebellianicam, ita Bar. ad uerbum.

Tu uerò dicas, quando pater rogatur restituere extraneo, poterit retinere quartam Trebellianicam hodie in profectitia, quemadmodum & olim quoniam ex persona filij tenetur, ut hoc tex. nostro, sed quando rogatur restituere filio, nec hodie quidem poterit Trebellianicam retinere, licet fideicommissum, hoc casu ex persona patris uires capiat: nam ideo ex persona patris uires recipit, ꝙ censetur rogatus restituere illa iura utilia particularia, sibi acquisita, illud uero ius uniuersale, quod est hæreditas. d. l. nihil est aliud, remansit penes filium, ut supra demonstratum est.

Fideicõmissarius restituens hæreditatem quarè Trebellianicã non detrahit.

Quod autem grauatur restituere iura utilia particularia, non possit Trebellianicam deducere: patet in. l. i. §. idem Neratius. ff. ad Trebell. ubi primus fideicommissarius rogatus alij restituere, non detrahit quartam Trebellianiacam a secundo fideicommissario, id quod nulla alia ratione fieri potest nisi quod non habet iura directa, & sic non est hæres.

Nec obstat quod dicunt Doc. aiunt enim acquisitionem fundari, & radicari in persona eius, cuius contemplatione alij relinquitur ut in. l. fideicommissa §. interdum. ff. de lèg iij. ibi enim testator fidei hæredis commisit ut publicano, pro Titio præstaret fideicommissum siue legatum, non petit Publicanus, cui ad

ſcriptum eſt, ſed poterit ipſe Titius pro quo legatum relictum eſt petere, loquitur itaq; lex illa de legato quod acquiritur ei, cuius contemplatione relictum eſt, non ei cui adſcriptum eſt, & ideo ipſe Titius habebit absq; opera & facto Publicani.

Ita in caſu noſtro emolumentum hæreditatis patri acquiritur cuius contemplatione filius eſt inſtitutus: quemadmodum ibi & Titio non tamen pater acquireret eiuſmodi emolumentum ſine opera & facto filij, ſed ita demum acquirit, ſi filius adierit hæreditatem, adita uerò hæreditate, ipſe filius erit hæres, & apud ipſum remanebit ius illud uniuerſum, pater uero ſolum iura particularia habet, ut ſupra dictum eſt, quamobrem non poteſt Trebellianicam detrahere, quemadmodum nec primus fideicommiſſarius.

Dicunt præterea quando filius inſtituitur patris contemplatione, eſt perinde ac ſi ipſe pater fuiſſet inſtitutus, alleg. l. quidam cum filium. ff. de hęred. inſt. quæ lex minime hoc probat, ibi. n. teſtator uolēs inſtituere quēdā filiūfamilas is filius à teſtatore impetrauit, ut amicum ſuum hæredem inſtitueret, teſtator contemplatione filij, amicum eius inſtituit, quamobrem ſi perinde eſſet, ac ſi filius fuiſſet inſtitutus, potuiſſet ipſe filius ſine dubio adire hæreditatem, & eſſet hæres directus, id quod facere nequaquam poteſt habet enim dumtaxat actionem mandati, qua poterit cogere amicū ut adeat reſtituatq;, ſed ſi teſtator rogauit amicū ut reſtituat dicto filio hæreditatem, à filio fideicommiſſum peti poterit, ipſe uerò amicus remanebit hæres.

Ita in caſu noſtro licet filius contemplatione patris ſit inſtitutus, non tamen pater erit hæres, ſed ſi dumtaxat hæreditatis emolumentum acquiretur. d. l. i. ff. ſi à paren. quis fue. manu. & in hac lege noſtra, emolumentum autem ſunt iura ipſa particularia ut dictum iam eſt, ſi igitur pater non eſt hęres, non poterit Trebellianicam detrahere. l. mulier. §. fi. ff. ad Trebell. ratio, quia non habet niſi iura particularia, ut primus fideicommiſſarius. d. l. i. §. idem Neratius ff. ad Trebell. Filio inſtituto contēplatiōne patris nō cenſetur pater inſtitutus.

In ſecundo caſu, hoc eſt in aduentitia hæreditate eſt autem aduentitia quando contemplatione filij, uel ſimpliciter datur. l. aditio. ff. de acqui. hæreditate. Lex noſtra in prima parte hodie in proprietate locum non habet, ea enim eſt ipſius filij, nec patri acquiritur. §. igitur liberi ueſtri. Inſt. per quas perſon. nob. ius acqui. l. cū oportet. §. i. C de boniſq; lib. quamobrem inſtituto filio, rogatoq; patre, reſtituere eidem filio hæreditatem, fideicom-

missum quo ad ꝓprietatẽ minime ualet, quippe cum res propri a alicui legari non possit. l. proprias. C. de legi. §. sed si rem Inst. de leg. & hoc tenent Doc. quibus non aduersor.

Quo uerò ad usumfructum, dicunt Doc. fideicommissum ne quaquam ualere, nisi quando filius erit sui iuris, quo tempore, ipse usufructus reuertitur ipso iure ad proprietatem, absq; alia restitutione per patrem facienda, interim hoc est, tantisper, dum filius fiat sui iuris. pater habebit commodum fructuum, sed tempore quo filius erit sui iuris, pater, ipsi filio eos restituet, quos antea perceperat. solum igitur pater habebit fructuum commoditatem quasi interusurium quoddam, à tempore hæreditatis à filio aditæ, usq; ad tempus, quo sui iuris efficietur. l. in fideicommisso. §. cum Pollidius. ff. de usu. hæc Bar.

Ego uerò non uideo, quid sibi uelint, nam si pater rogatus restituere usumfructum filio non teneretur nisi quando filius erit sui iuris, ergo interim ususfructus est ipsius patris, quod enim sub cõditione, uel ad diem incertum relinquitur, interim est ipsius á quo relinquitur. §. sin autem sub conditione C. de cadu. tollen. l. cedere diem. ff. de uerb. sig. si interim ususfructus est ipsius patris ergo interim facit omnes fructus suos. §. is uerò. Insti. de rer. diuis. & l. si usufructuarius. ff. quib. mod. usufruc. amitt. si facit suos, ergo non tenetur restituere.

Non obstat tex. in. d. §. cum pollidius, ibi enim consanguinea Pollidij testatrix, rogauit ipsum Pollidium hæredem, ut quicquid ex bonis suis ad se peruenisset filiæ testatricis restitueret, cũ certã ætatem puella complesset, id quod mater cauit, ne res filiæ tutoribus committeretur, sed potius necessitudini, hoc est, Pollidio consanguineo committeretur, deinde legauit eidem Pollidio fundum, dicit Iureconsul. fructus à Pollidio perceptos, debere filiæ restitui, reddit rationem inquiens, siue ꝙ fundum ei tantum reliquerat, & sic quod in uno commisit in cęteris prohibuit, ff. de iudi. l. cum prætor, siue ꝙ mater remedium fideicommissi tutoribus prętulerat. Ex his duabus rationibus Pollidius tenetur restituere fructus perceptos.

At in casu nostro, nulla ratio reddi potest, quamobrem pater teneatur restituere fructus perceptos, cum ususfructus sit suus. Alij dicunt patri non acquiri usumfructum, nam cum pater fuerit rogatus restituere aduentitiam hæreditatem, huiusmodi fideicommissum non potest intelligi de proprietate, cum sit ipsius filij, necessario intelligitur de usufructu, qui transiuit in patrem, perinde

est igitur, ac si ipse testator, expressè dixisset, rogo ut restituas usũ fructum. arg. l. ij. ff. de lib. & posth. Sed si testator cauisset expresse á patre usumfructum filio restitui, esset perinde ac si prohibuisset acquiri usumfructum, ipsi patri, quod facere potest. Aut. excipitur. C. de bonisq; lib. quamobrem non acquiritur patri usufructus.

Sed hoc minus placet, si quidẽ Aut. excipitur, & in corpore unde sumitur, loquitur quando testator reliquit filiofamilias, hac cõditione ne usufructus patri acquiratur: At in. l. nostra, usufructus acquiritur patri ex legis dispositione, id quod considerans testator rogauit patrem ut usufrumctum acquisitũ restituat filio, sed quando restituet, in hoc est controuersia.

Tu dicas fideicommissum eiusmodi, pure relictum recipere, ui res ex persona patris, statimq; esse restituendum ipsi filio. nec patri reacquiretur, cum à patre profectum filio acquiratur, ut dictũ est supra in proprietate, & ita cessabunt difficultates.

Quærit Bar. an habeat locum lex nostra hodie, in secunda parte, teneas id quod tenet Bar. in ultimis uerbis dictæ quæstionis, hoc est, quando pater rogatur restituere hæreditatem aduentitiam extraneo, quo ad proprietatem, quæ sibi non fuit quæsita, tenetur eam restituere, ut legitimus administrator ipsius filij, quemadmodum dici solet de tutore. l. etiam. C. de fideicom. quo uerò ad usũ fructum sibi acquisitum cogitur restituere ut debitor, si quidem pater ex persona filij tenetur extraneo restituere fideicommissum, ut in. l. nostra.

CXLIIII. Declaratio. l. Eam quam. C. de fideicom.

OMissis Doctorum sententijs, quæ inuicem se perimunt, ut milites illi, quos aiunt, ex dragonis dentibus natos, nouũ & uerum arbitror esse intellectum, quem deinceps afferam.

Pro cuius intelligentia, sciendum est, q; aut fideicommissum est relictum in ipso testamento quo facto siue testamentum rumpatur, siue fuerit ab ipso initio nullum, uel ex solẽnitatis, uel ex causæ finalis defectu, uel quia irritetur, ꝓpterea q; nemo ex eo adeat hæreditatem, tunc proculdubio fideicommissum peti non potest. l. ex testamento. l. si ueritas. C. de fideicom. l. si nemo. ff. de testa

mento tut. quæ leges indistincte loquuntur, & ita indistincte in tellıgendæ sunt. l. de pretio. ff. de publi.

Aut fideicommissum est relictum in codicillis, & tunc aut codicilli pertinent ad testamentum, & ex eo uires recipiũt, id quod fit, quando testamentum à principio ualuit, & tunc si testamentũ deinde rumpatur, ut puta posthumi agnatione, uel non ualet, eo ꝙ hæreditas non fuerit adita, fideicommissum etiam in codicillis relictum nullius est momenti. l. i. de codicil. l. si quis. §. testamento. ff. eo.

Aut codicilli non recipiunt uires ex testamento, sed per se subsistunt, id quod efficitur, quando testamentum à principio est nullum, uel præteritione filij iam nati. ut Insti. in princ. de exhæred. libe. uel ex defactu causæ finalis, ut puta, si quispiam instituerit aliquem, quem putabat, suum esse filium, qui uerè nõ erat, uel putabat esse filium adoptiuum, & adoptio nõ ualuit. l. si pater tuus. l. nec apud. C. de hæred. insti.

Casus positio. His pręmissis pone casum in. d. l. eam quam, Is quidem talis erit, Erant duo fratres, quorum unus quandam puelli, in filiam, sed non iure adoptauit, & sic adoptio non ualuit: Deinde eam instituit hæredem, facto testamento, in codicillis, rogauit dictam filiam, si infra. xij. annum moreretur, suam hæreditatem, restitueret, puta Sempronio. Mortuo fratre testatore, decessit etiam pupilla, frater superstes accepit omnia bona fratris mortui, Sempronius fideiommissarius petebat sibi fideicomissum, testamẽti uirtute, restitui, frater autem dicebat fideicommissum non ualere, proptereaꝗ puella illa non adierat hæreditatem, hæreditate autem non adita, ex testamento nihil peti potest, per regulam supra firmatam.

Quamobrem, & frater mortui, & Sempronius fideicommissarius, accesserunt ad Imperatorem, ab eoꝗ petierunt, ut responderet, an dictum fideicommissum peti posset, cum ut supra dictum est dicta filia non quæsiuerit hæreditatem.

Respondet Imperator dicens. Eã, supple tu, quam eam, frater tuus instituerat, siue quæsita, siue non quæsita hæreditate, decesserit, nihil prohibet, idest nihil est impedimento, quin Sempronius possit fideicommissum petere ab hæredibus ipsius puellæ, supple tu, si adijt hæreditatem, uel ab his qui tenent bona fratris, scilicet mortui ab intestato, quoniam puella non adiuit, cum uoluerit, scilicet frater testator, nonnullos substitutos esse ei, scilicet puellæ, uerbis precarijs ante. xij annum, hoc autem fecit facto te

stamento,idest postquam factum fuit testamentum, ita enim secundum grammaticos ablatiui absoluti,partic ipij preteriti temporis interpretantur,& sic necessario apparet, fuisse factos codicillos,post factum testamentum:quocirca fideicommissum fuit factum post testamentum,quod fieri potest,in codicillis.l. fi.C.de codicil.

Fideicommissum relictum in codicillis testamento inualido quãdo peti possit.

Deinceps in uers. tunc enim,Imperator respondens tacitæ obiectioni adductæ à fratre,inquit, quod dicis,ea quæ in testamento relinquuntur:non adita hæreditate non ualere, habet locum, quando ipsa hæreditas,solum est relicta uerbis directis,idest per directum,non autem quando ipsa hæreditas,sic data est, ut non solum sit relicta ab hærede instituto,sed etiam ita relicta est, ut postulare etiam possit à successoribus ab intestato, supple tu ut in casu nostro, & dum Imperator ait,hæreditatem fuisse etiam relictam à successoribus ab intestato,intellige tu non expressè,quia esset contra id,quod dixit supra,dixit enim fideicomissum simpliciter fuisse relictum.

Sed quia fideicommissum fuerat relictum, post factum testamentum,& sic in codicillis,quorum uirtute censentur grauati,& rogati uenientes ab intestato,quia creditur pater familias,sponte sua,illis relinquere,legitimam hæreditatem.l. conficiuntur .ff. de iur.codicil.qui si adeant hæreditatem,quasi contrahunt cum ipso fideicommissario. Insti.de oblig. quæ ex quasi delic.nas.§. hæres, & hoc uult dicere Imperator in illo uers. non cum ita sit &c.

Deinde in uers.quod rescripsimus, Imperator ponit causam, quamobrem determinauerit dictos codicillos, seu fideicommissum ualere,dicit enim,quod id rescripsimus,sequuti tuam asseuerationem,qui dicebas,dictam hæredem non fuisse iure adoptatã, & sic testamentum ipso iure nullum fuisse constat,ut dictum est in præmissis,quo fit,ut ipsi codicilli,per se subsisterit,per ea quæ dicta sunt.

Subdit postea in uers. alioquin,inquiens,si dicta hæres fuisset uere adoptata,& adiuisset hæreditatem,hæredes ipsius restituere fideicommissum cogerentur,quasi dicat,ꝙ si ipsa adoptio ualuisset consequenter institutio,& ipsa non adiuisset hæreditatem, fideicommissum non ualeret,quamuis esset datum in codicillis in testamento factis per ea quæ diximus supra.Hic est casus,ex quo Nota ꝙ quando fideicommissum,seu legatum est relictum in codicillis,si testamentum à principio non ualet,fideicommissum pe

ti potest, & sic lex ista decidit, id quod Doctores determinant in .l.i. de codicil.

CXLV. Declaratio .l. filium quē habentem. .C. famil. hercis.

LEX filium quem habentem, nota est, sed difficilis habetur: difficultas autem nascitur, eo quòd Doct. quos uiderim, nō bene sciuerunt eius uerba construere, & secundum eorum cōstructionem, & intellectum, multa oriuntur contraria, mihi autem accuratè eam legem introspicienti, eiusq; uerba, ut uera postulat grammatica, construenti, nulla apparet difficultas: Quamobrem ex nostra casus positiōe, & ex uera literæ ordinatione, lex facilis, & plana, nullum habens contrariū, cuiq; uidebitur. Omissis itaq; Doctorum ambagibus, id ipsum aggrediar.

Hęc lex in tres diuiditur partes, in prima quædam fideicommissi dispositio, sub conditione ponitur. In secunda ipsius conditionis euentus: In tertia determinatur quid retinere, quidue restituere hæres debeat, per fideicommissum iam grauatus, secunda ibi, post eius: tertia ibi, hæreditaria.

Antequam ueniam ad facti narrationem, suppono quādo quis grauatur portionem suam hæreditariam, cohæredi suo restituere: retento sibi fundo hæreditario: in quartam Trebellianicam retinendam, solum imputatur pars hæreditaria, quam ipse in eo fundo habet, pars uerò quam accipit á cohærede, extra quartam est, idest habet eam ultra quartam.

Item, in quartam imputatur etiam summa, quam accipit à cohærede, seu iure legati, seu conditionis causa implendæ, & hæc probantur in .l. quartam .ff. ad .l. falcid. His igitur suppositis. Pone ita casum.

casus posi tio clara & aperta

Quidam paterfamilias habebat tres liberos, & duos fratris filios, habebat etiam in bonis quingentos aureos. & uni ex liberis, quem fortasse magis diligebat, proptereaq; erat ei in omnibus assidens, fundum concesserat, ut ex illius redditu, res quas sibi uellet suo arbitratu compararet. Is pater familias senio iam confectus, ne controuersia de bonis suis, post eius obitum nasceretur, condidit testamentum, in quo instituit tres suos filios, & etiam duos fratris filios, æqua portione, & ita unicuiq; hæredum iure hæreditario, ueniebāt centum aurei, habebat enim in bonis, ut dictum ē, quingentos

quingentos aureos, item fundum, quem uni ex filijs concesserat, ab eodem filio retineri uoluit, qui quidem fundus quinquaginta aureos ualebat, eundemque filium postea, uerbis precarijs rogauit, ut portionem suam hæreditariam, fratribus, & patruelibus cohæredibus restitueret, sub conditione, puta si ipse effectus esset Doctor, uel si nauis ex Asia ueniret: E contrario, uoluit à cohæredibus uice mutua illi filio decem aureos præstari.

Deinde conditio extitit idcirco quatuor eius cohæredes, petebant sibi fideicommissum ex testamento restitui, grauatus, id facere minime recusabat, contendebat tamen ex portione sua restituenda, quartam Trebellianicam, retinere, id quod iure sibi concedi ex Trebelleiano senatus consulto asserebat, quam quidem quartam, aiebat esse, uiginti quinque aureos, proptereaque portio sua hæreditaria, erant centum aurei, ut patet in institutione.

Cohæredes uerò è contrario, dicebant, eum habere fundum, á testatore iam concessum, quinquaginta aureos æstimatum, & amplius decem aureos, quos acceperat à cohæredibus, habebat igitur sexaginta aureos, quamobrem Trebellianicæ locus non erat, quippe cum ultra eam, multo plus haberet.

Nata itaque inter eos hac controuersia, accesserunt ad Diocle. & Maxi. Imperatores, ab eisque petierunt, quomodo detrahenda esset quarta, quiduè in eam imputandum, quidue restituendum foret: Imperatores audita eorum controuersia, responderunt, hæredem rogatum, cogendum esse portionem hæreditariam suam restituere, retenta quarta, in quam imputandam esse dicebant, eam fundi portionem, quam rogatus in eo fundo iure hæreditario habebat, quæ portio erant decem aurei, si quidem fundus quinquaginta ualebat erantque quinque hæredes, ut fuit dictum.

Præterea aiebant Imperatores, in quartam imputandos esse, illos decem aureos, quos grauatus à cohæredibus accepit, & sic efficitur summa uiginti aureorum, desunt tamē integræ quartæ, quinque aurei, quos filius grauatus, ex portione sua hæreditaria, cohæredibus restituenda, deducet. Postea subdunt Imperatores, reliquū quod in eo fundo, à cæteris cohæredibus soluitur, idest quatuor aliæ eiusdem fundi portiones, filius rogatus, seu grauatus præcipuas supra quartā habens compellitur suam hæreditatis portionem restituere. Hic est casus.

Construe modo literam, sed prius supponendum est, plerumque eleganter fieri, ut antecedens sequatur casum relatiui, relicto suo, ut apud Virgiliū, vrbem quam statuo uestra est, tale est, & in euā

gelio sermonem quem audistis,non est meus, in tali sermonis genere,id in nostro uero repetimus,ita scilicet, urbem quam statuo uestra est,idest urbs quam statuo,uestra est, hoc modo interpretatur Laurentius in libro tertio capitulo decimo nono.

Ita in.l. nostra faciendum est,dum enim dicitur filium quem habentem &c. Dicas filius,quem filium,habentem fundum &c. uel illam dictionem filium resoluas in casum suum,idest in nominatiuum et dicas filium,idest filius,quem habentem fundum &c. Dicas igitur nunc filium idest filius, facias subdistinctionem ,& suspende structuram usque ad uerbum compellitur,quem filium habentem fundum,ut supra,testator uerbis precarijs,idest per fideicōmissum sanxit restituere suam hæreditatis portionem fratribus,& quibusdam alijs,scilicet cohæredibus,ut innuit dictio alijs,sub cōditione puta si nauis ex Asia uenerit. Post conditionis euentū hæreditaria fundi illius parte,idest decem aureis,in ratione quartę retenta.compensato præterea eo,quod a cohæredibus uice mutua percepit,puta decem aureis uti casus figuratione dictum est. Et deducto, supple tu , ex portione hæreditaria restituenda, non autem ex fundo,ut aiunt Doctores,deducto inquam eo quod deest in supplementum,scilicet Trebellianicæ puta quinque tantū enim integræ quartæ deerat.& facias subdistinctionē post dictionem deducto,nunc reassume illam dictionem,filium , in principio legis positam, & resolue hoc modo ,filium,hoc est filius, & iunge cū illo participio habens,deinde accipias illa uerba supra quartam, & dicas filius habens,hoc est sibi retinens supra quartamid quod a cæteris in eo fundo soluitur.accipias nunc illa uerba,reddere cōpellitur,scilicet ille filius,sed quid compellitur reddere, suam inquam hæreditatis portionem, quam testator uoluit cohæredibus restitui,& si hoc modo construatur,procedit casus noster, & hæc lex concordat cum lege in quartam, & cum lege deducta .§. numis .ff. ad Trebell. cumque alijs legibus,quæ a Doctoribus pro cōtrarijs adducuntur.

Sed ad unum aduertito,ꝙ bene dicitur in tex. ꝙ soluitur a cæteris,in eodem fundo,nam ex quo retentus fuit fundus hęreditarius,non poterat legatarius,manu propria accipere, nisi portionē suam hęreditariam,aliæ autem portiones a cohæredibus,qui in eo fundo dominium habent,recipiendę sunt , & per consequens ab eis soluuntur,ut dicit tex. in .l. deducta .§. numis .ff.ad Trebel. Hanc ob causam dicitur in.l.nostra,ꝙ a cæteris in eo fundo soluuntur.

Sed huic intellectui, uidetur aliquantulum obstare tex. in.l. nesennius.ff ad .l.fal. ubi si testator ab uno, hærede legat cohæredi, ab eoq; cui legauit, iterũ legat aliquid suo cohæredi, q si primus adeo est grauatus legatis, ut locus sit falcidiæ, si uult detrahere falcidiam .ex legato, quod suo cohæredi præstaturus est, minime est audiendus, si id, quod percepturus est ab illo, suppleat id quod deducere desiderat ex illius legato, & in lege nostra, cohæres rogatus restituere portionem suam cohęredibus, deducit ex ea portione, id quod deest quartæ, secundum casum propositum, quod fieri non deberet per .l. nesennius, cum retineat fundum hæreditarium, qui cum portionem, quam habiturus erat à cohærede in fundo retento, compensari debebat, id quod non fit, ergo &c.

Solue & dicas, non obstare. d.l. nesennius, quoniam, tunc illa locum habet, quando is qui desiderat falcidiam seu trebellianicã, accipit à cohærede aliquid ex uoluntate testatoris in testamento expressa, ut patet in illo tex. in uers. sed cum his ibi ex uoluntate & ibi ex testamento, non autem habet locum, quando per retentionem, hæres tacite accipit portionẽ cohæredis in aliquo fundo, ut patet in.l. deducta.§. numis.ff.ad Trebell.

CXLVI. Declaratio, quare omnis pecunia quam hæres iussus est accipere, in quartam computatur.

POsset obiter hic quæri, si hęres grauatus restituere portionẽ suam, acceptis numis decem, totam pecuniam in quartam imputat .l deducta .§. numis .ff.ad Trebell. quamobrem si retento sibi prædio, portionem restituere rogatus sit, solum hæreditariam fundi portionem imputat. Respondetur q pecunia omnis, de portione retineri potest, hoc est ipse grauatus, posset totam pecuniam ex portione sua redigere. quamobrem perinde est, ac si haberet iure hæreditario, intellige tamen, illos decem numos, in arca testatoris non fuisse, si enim fuissent in arca. perinde haberentur, ac si esset fundus .l. plané .§. sed hoc ita .ff. de leg.i. facit.l.talis.§.pe.ff.eod.

Diuersa causa est in fundo, solum enim portionem fundi quam ipse iure hæreditario habuisset, hoc est quam uti cohæres in diuisione erat habiturus, in quartam imputat, illam enim uc cohæres

per se accipere potuisset: Alia uero fundi portio, quæ in diuisione cohæredi uentura erat non nisi à cohærede, qui eius dominiũ habet, accipi potest. d. l. deducta. §. numis. ff. ad trebell. idcirco in quartam non imputatur, non quia à cohærede accipitur, sed quia fundus diuerso iure in quartam imputaretur partim scilicet iure hæreditario, partimq; iure legati, id quod fieri nõ debet, arg. l. eum qui ædes. ff. de usucap.

Nec fieri potest, ut totus fundus iure hæreditario percipi uideatur, secus autem est in numis pecuniam enim omnem de portione sua grauatus accipere posset, & hoc ostendit tex. in. l. deducta. §. numis. ff. ad Trebell. cohæres itaq; restituere grauatus, acceptis numis, in eius quartam omnem pecuniam, in fundo autem portionem suam dumtaxat imputabit: Alia uerò portio, quam à cohærede accipit, extra quartam habet, hoc apertè dicit tex. in. l. in quartam, uers. pro ea. ff. ad. l. falcid. vbi ait, pro ea parte, quam accipit à cohærede, extra quartam, idest quod a cohærede accipitur, non accipias dictionem, id est declaratiue, sunt enim duæ dictiones, uidelicet, id quod est pronomen, & est quod est uerbum, uult. n. dicere, id quod quis accipit à cohærede in fundo, extra quartam habet.

C X L I I. Declaratio, an & quando possint detrahi duæ quartæ.

QVæritur an possint detrahi duæ quartæ, à filio grauato restituere alicui hæreditatem.

Pro huius quæstionis declaratione, sciendum est, q; licet bona patris, naturali quadam ratione, sint quasi debita liberis. l. cum ratio ff. de bon. dam l. fi. C. de iur. codicil. Tamen licebat patri, eos exhæredare. l. in suis. ff. de lib. & posth. id quod absurdum, iniustumq; uidebatur, quippe cum ipsi essent etiam uiuo patre domini, quare non erant omnino priuandi: Econtrario uidebatur dicendum patrem, posse suo arbitratu de bonis suis disponere. l. in remandata. C. mand.

Quamobrem iureconsulti, mediam quandam uiam eligentes, statuerunt, ut patri de bonis suis disponere liceret, dummodo liberis suis, quartam hæreditatis relinqueret, & si eam, non reliquisset, testamentum eius per querelam de inofficioso rescindi posse, constituerunt. l. Papinianus. §. quarta. & tot. tit. de inoffi. testa. ff.

& si pater filio minus quarta uno aureo reliquisset poterat testamentum tanquam inofficiosum rescindi.

Hoc autem animaduertens Imperator sanciuit testamentum, ob eam rem subuerti nequaquam posse, sed a filio petendam esse, eius quod deesset repletionem, id quod ex substantia ipsius patris faciendum esse uoluit. l. simus. §. sancimus, uers. repletionem, & l. quoniam in prioribus in prin. C. eod.

Eueniebat aliquando si filius erat grauatus a patre restituere alicui hæreditatem, eo fideicommisso etiam quarta ipsa, iure naturę debita continebatur. Poterat tamen filius restituens retinere quartam ex senatus cons. Trebell. l. iubemus. C. eod. & ita usque ad Iustiniani tempora non poterat filius grauatus restituere, nisi quartã Trebellianicam retinere, Quartam uerò iure naturæ debitam fideicommissario, una cum alijs bonis restituebat: Hinc effectum est ut scribentes, ferè omnes dicunt, iure ciuili non posse, nisi unam quartam detrahi, intellige tu, hoc esse uerum ante Iustinianum.

Quarta debita iure naturæ olim fideicommiss. continebatur

Iustinianus, deinde uidens, filium posse in restituenda quarta, iure naturæ debita, ònmino grauari, sanciuit ut ab ipsa quarta, omne grauamen, omnisque dilatio, ac omnis dispositio, moram seu quodcunque onus introducens, remoueretur. d. l. quoniam in prioribus. C. de inoffi. testa.

Quarta una tãtum poterat a filio retineri ante Iustinianum

Ex quo effectum est ipsam quartam naturæ debitam, non esse restituendam fideicommissario, sed ipso iure apud filium integram intactamque remanere, quæ hodie est triens, si sunt quatuor uel pauciores filij, si uerò plures, est semis. Aut. nouissima. C. de inoff. testa.

Post illam legem quoniam in prioribus perspicuum erat, filium posse deducere tertiam partem, iure naturæ debitam (immo ipso iure detrahitur in qua ipse filius grauari non potest) nec nõ quartam Trebellianicam, quam quilibet hæres etiam extraneus restituere grauatus, deducere potuisset, c. Raynaldus ex. de test.

Responde nunc ad quęstionem & dicas, ante legem quoniam in prioribus, nec iureciuili nec iure canonico, potuisse duas quartas detrahi, sed solum Trebellianicam. l. iubemus. C. ad Trebell. quæ est Zenonis, qui fuit ante Iustinianum authorem legis, quoniam in prioribus, per quam sancitum est, filium non posse grauari in portione iure naturæ debita, quamobrem post illam legẽ quoniam in prioribus, tam iure ciuili quam canonico, posse & legitimam & Trebellianicam detrahi, dicendum est.

Quartæ duæ detrahi nõ poterãt sed solum trebellianica ante. l. quoniã in prioribus & et iure canonico

Quod autem id iure canonico fieri possit expresse est cautum

in.d.c.Raynaldus,quoniam idem.Respon. Vbi Pontifex illud decidit, ex ratione dictæ legis, quoniam in prioribus. & ibi in glos.interpretatur.

De iure uero ciuili non habemus legem in qua hoc expresse sit cautum,cum post illam sanctionem Iustiniani, quoniam in prioribus, nihil aliud sit ab Imperatoribus in hac re sancitum, sed ex ratione illius legis etiam iure ciuili posse deduci, & legitimam & Trebellianicam satis constat.

Quarte duę possunt deduci et iure ciuili īdistīcte post.l.quoniam i prioribus.

Ratio enim est huiusmodi,si à legitima remouetur, omne grauamen,omnisq; dilatio,ergo fideicommisso non continebitur: fideicommissum enim est grauamen quoddam, remanebit igitur apud filium,seu eius hæredem,ipso iure ab hæreditate separata, deinde siue filius ipse grauatus,siue eius hæres restituat hæreditatem,poterit eo tempore,quo restituit deducere quartam Trebellianicam.l.cohæredi.§.cum filiæ.ff.de uulg. & pupil.sub, quam quilibet etiam hæres extraneus restituere grauatus deducere potuisset in.d.c.Raynaldus.

Habes igitur filio grauato siue pure siue sub conditione posse & tertiam iure naturæ debitam, & quartam Trebellianicam ab hæreditate restituenda deduci,& hanc arbitror esse ueritatem.

Doctores uerò in.d.c.Raynaldus,& in.d.§.cum filiæ dicunt, aut filius est grauatus purè,& non poterit detrahere nisi quartam unam,& hoc modo intelligunt leges ciuiles, in quibus uidetur probari,non posse detrahi nisi unam quartam.l. iubemus.C.ad Trebell.& Aut.res quæ.C.commu.de leg.cum similibus. Quæ leges hodie nihil probant,cum earum tempore,idest ante.l.quoniam in prioribus,potuisset filius grauari in legitima,ut dictum est,quam ob causam non poterat detrahi nisi Trebellianica, hodie uerò aliter dicendum est.

Subdunt deinceps Doctores,aut filius est grauatus sub conditione,& tunc aiunt posse detrahi iure canonico legitimam, & Trebellianicam.d.c.Raynaldus.Sed certè uerba dicti.c. probant indistinctè,posse & tertiam iure naturæ debitam, & Trebellianicam posse deduci. Nec enim ibi distinguitur, an filius purè uel sub conditione grauatus esset.Doctores quidem ut.d.c. concordaret cum legibus coacti sunt ita dicere.

Tu uerò poteris ex superius dictis concordiam elicere,superius enim dictum fuit ante.l.quoniam in prioribus,tam canonico,quam ciuili iure,non potuisse detrahi nisi Trebellianicam,ut expresse probatur in.d.l.iubemus,ubi filius rogatus, si sine filijs

decesserit, & sic sub conditione, id quod est contra Doct. retinet duntaxat quartam Trebellianicã, id est tres uncias, & restituit dodrantem, & sic nouem uncias. Probat igitur expresse illa lex olim non potuisse nisi Trebellianicam detrahi. & sic habet locum. d. l. iubemus, & dicta Aut. res quæ cum similibus.

At post illam legem quoniam in prioribus, de iure canonico expresse, de iure uero ciuili ex ratione illius legis, potest & tertia debita iure naturæ, & Trebellianica deduci. Quamobrem hodie ius canonicum nullo modo à iureciuili saltem in ratione discordat.

Quartæ duæ possunt detrahi hodie siue filius sit grauatus sub cõditione siue pure

CXLVIII. Declaratio materiæ substitutionum.

INstituo inter alia significat ordinare, dicimus enim instituo procuratorem, dicuntur enim institutæ actiones. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. Item dicimus instituo uineas. l. colonus. ff. loca. Et hoc modo sumitur tit. ille de hæred. inst. idest ordinãdis. Hic deriuatur institutio, id est ordinatio, & est quædam generalis appellatio. Poterit itaq; diuidi institutio, ut alia sit inter uiuos, alia in ultima uoluntate. Hanc ob causam in testamentis dicitur hæredis institutio, hoc est hæredis ordinatio: sed animaduertendum est ante Imperatorem Constantinum authorem legis quoniam indignum. C. de testa. non potuisse testatorem quempiam facere hæredem per hoc uerbum instituo, ut inferius dicetur.

Institutio duplex.

CXLIX. Declaratio an iure digestorum instituo hæredem reperiatur.

PERspicuum est, ante. d. l. quoniam indignum. C. de testa. nõ potuisse quempiam facere hęredem, nisi uerba quibus uti opus erat, essent imperatiui modi, nomina autem recta, hoc est uel nominatiuus, uel uocatiuus (hi enim soli sunt recti casus, ut grammatici attestantur) exempli gratia Lucius Titius mihi hęres esto, uel Luti Titi mihi hæres esto, id quod per uerbum instituo fieri minime poterat.

Formula antiqua instituendi heredem.

Quamobrem solitus sum dicere ante. d. l. quoniam indignum non reperiri huiusmodi hæredis ordinationem à testatore scilicet

prolatam, utputa instituo Lutium Titium hæredem, & nunc audacter confirmo, ductus eò quod non poterat tunc institui hæres, nec per uerba indicatiui modi, nec per casum obliquum, ut colligitur, ex.d.l. quoniam indignum. Et sicubi reperitur instituit hæredem dicito non esse uerba testatoris, sed uerba Iureconsul. referentis testatoris dispositionem: & intellige instituit, hoc est ordinauit, non tamen per hoc uerbum instituo, ut patet in l. si ita quis. ff. de hæred. inst. ubi Iurisconsul. ait. si ita quis hæredem instituerit, deinde ponit formam uidelicet Titius hæres esto, & cætera quæ sequuntur.

Instituo nõ ẽ uerbum directum per se

Et ex istis reprobari potest Doctorum opinio, dicentium, uerbum instituo, esse uerbum directum ciuile, adeoque directum ut obliquari non possit. l. uerbis ciuilibus. ff. uulg. & pupill. Appellant uerbum ciuile, quasi à lege inuentum, id quod non possum non mirari, cum ut dixi, per uerbum instituo, non potuisset quispiam hæredem facere.

Item absurdum est dicere aliquod uerbum inuentum esse à lege, quippe cum leges fierent in comitijs, nec ibi Romani inueniebant uerba, sed inuentis utebantur: Quamobrem audeo dicere, nullum uerbum per se esse directum uel ciuile, sed bene plura uerba in aliquam formulam à lege redacta, appellari posse ciuilia: omnia enim antiquitus ferè in formulas reduxerat, & qui cadebat à syllaba cadebat à toto, ut not. in. l. unica. C. de formu. subl.

Formula stipulandi & instituendi hæredẽ

Erat enim formula stipulandi, ut per idem uerbum responderetur, uerbi gratia, promittis, promitto, spondes, spondeo, si secus fiebat, stipulatio erat nulla, id quod hodie est correctum. §. i. Inst. de uerb. oblig.

Erat etiam formula instituendi hæredis, utputa Lutius Titius mihi hæres esto, de qua in. l. i. ff. de hæred. inst.

Erat preterea formula substitutionis uulgaris & pupillaris, de quibus Inst. de pupill. sub. in prin. & hæc uerba ita à iure ciuili in formulam redacta, ciuilia nominabantur, l. uerbis ciuilibus. ff. de uulg. & pupil. & ibi glos. i. in prima opinione, quæ est uera, quam legem Doctores quos uiderim, non bene intelligunt.

Verba ciuilia que

Ego autem in meis disputationibus, eam declaraui, ita ut facilè intelligi possit, & infra etiam patebit.

Et ex his patet uerbum instituo, non esse uerbum ciuile directum, nec per illud poterat, olim quis facere hæredem, cum testator in ordinando hærede, uerbis imperatiui modi, & casibus rectis, uti deberet. Sed post. l. quoniam indignum, huiusmodi inanis

obser

obſeruatio reiecta eſt,& poteſt teſtamentum quibuſcunq; uerbis, dummodo appareat teſtatoris uoluntas, conſtitui, ut ibi dicitur.

Eſt itaq; inſtitutio, ordinatio quædam, ut ſupra ſcriptum eſt. Reperitur etiam ſubſtituo uerbum, quod idem ſonat, quod ſub ordino, hinc ſubſtitutio, ideſt ſubordinatio, & eſt generalis appellatio, ſubſtituere enim eſt in locum alicuius ſummittere. §. ſed ſi gregis. Inſti. de rer. diuiſ. Subſtitutio itaq; alia eſt inter uiuos alia in ultima uoluntate, & de hac, nunc tractãdũ eſt. Diffiniatur itaq; ſeu deſcribatur hoc modo. Inſtitutio que

Subſtitutio eſt ſequens teſtatoris diſpoſitio, in locum præcedentis.

Et licet aliæ tradantur à Doctoribus diffinitiones, hanc tamen puto ueriorem, ut dixi in diſputationibus meis, tamen communis hæc eſt. Subſtitutio eſt ſecunda inſtitutio de hac inferius plenè diſputabitur. Sit itaq; ſubſtitutio genus quoddam, quod in duas diuide ſpecies, in directam ſcilicet, & obliquam ſubſtitutionem, quæ & fideicõmiſſaria dicitur.

Iterum obliquam ſubſtitutionem, tanquam genus ſubalternũ, diuide in particularem, & uniuerſalem. Particularis eſt fideicommiſſum particulare, ut rogo reſtituas Titio fundum. Obliqua uniuerſalis eſt fideicommiſſum uniuerſale, ut puta rogo, ut reſtituas Titio meam hæreditatem, ſeu partem. Pars enim hæreditatis dicitur uniuerſale fideicommiſſum, proptereaq; trahi ſecum actiones actiuas, & paſſiuas, ſcilicet utiles. §. reſtituta Inſti. de fideicommiſ. hæred. ſubſtitutio directa & obliqua

Et dicitur obliqua ſubſtitutio, quia non poteſt manu propria per eã quis capere hæreditatem, ſed debet manu alterius, id facere. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupil. Obliquè ergo ſubſtitutus uel capiet à grauato ſi pure grauatus eſt, uel ab hærede grauati ſiue teſtamentario ſiue legitimo. d. §. cohæredi. ſubſtitutio obliqua quare dicatur

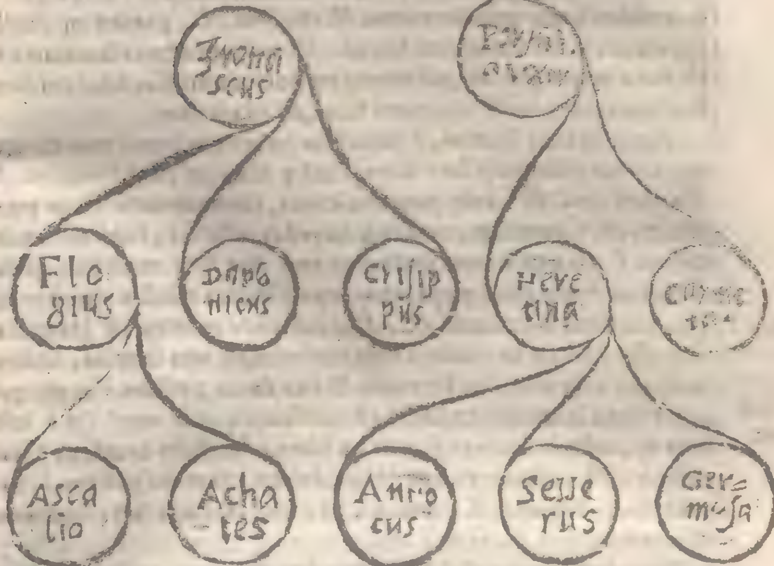
Et nota fideicommiſſarium ſeu obliquè ſubſtitutum, non poſſe quicquam petere a grauato, ſeu eius hærede, niſi adita grauantis hæreditate ſed ſi grauatus uel eius hæres, nolit adire, poteſt cogi ex ſenatus conſulto olim Pegaſiano, hodie Trebelliano adire hæreditatem, qui ſi ita coactus adit, non poterit quartam retinere. §. ſed quia inſti. de fideicom. hæred. Et omnes actiones actiuæ & paſſiuæ tranſeunt in fideicommiſſarium, ſcilicet utiles, ſi uerò ſponte adeat grauatus, uel eius hæres, à fideicommiſſario reſtituere hæreditatem, detracta Trebellianica, & etiam legitima, cogi

potest. Si grauatus erat filius sub conditione.d.l. cohæredi.§. cum filiæ. Vers. ꝙ si hæredem, & ibi Doc. & præsertim Ias. & tot.tit. Insti.de fideicom. hæred. Et nota, proprias facultates filij, seu alterius grauati, nõ contineri fideicommisso.d.§ cum filiæ. Reducas nunc substitutionem hanc, ad practicam.

Sit itaq; talis species, Franciscus habens in bonis quadringentos aureos, habensq; tres filios, duasq; filias, ut puta Flogium, & Daphnicum, & Crisippum masculos, fœminas uerò Heretinam scilicet, & Carmetam, omnesq; hæredes instituit, substituitq; ita dicens, si quis ex liberis meis morietur sine filijs moriatur, [illegible] Moritur Franciscus pater, deinceps Flogius relictis duobus filijs, uidelicet Ascalione, & Achate, deinde mortua est Heretina, superstitibus ex ea duobus filijs masculis, & una fœmina, scilicet Antiocho, Seuero, & Germussa, & sic tam in persona Flogij, quã in persona Heretinæ extincta est substitutio, cum conditio à testatore apposita (uidelicet, si quis ex liberis sine filijs decesserit) iam defecerit, & deficiente conditione, defecit etiam dispositio.l. necessario.ff.de peric.& commod.rei uend & .l.unica.§. sin autem sub conditione.C.de cad.toll.

Factum in quo ponũt cõcineriom nes substi tutionis

Deinde mortuus est Daphnicus sine filijs, qui reliquit fratrem Crisippum, & sororem Carmetam, & nepotes scilicet Ascalione, & Achatem ex fratre Flogio, reliquit etiam Antiochum, & Seuerum, & Germussam filios, Heretinæ sororis reliquit præterea matrem, nomine Prophiriam. Cum itaq; Daphnicus mortuus sit sine filijs, & sic in eo extitit conditio à testatore apposita habebit locum in eius persona testatoris dispositio, conditione.n. existente, dispositio locũ habet.d.l. necessario, & ut oculis species hæc subijciatur, effingatur ita arbor, seriem mortuorum numerus demonstrat.



Quæritur nunc de successione Francisci patris, & procul dubio dicendum est eius hæreditatem spectare ad filios, filiasque cum eos instituerit. Idem esset, si mortuus esset intestatus, prima enim causa esset liberorum. §. intestatorum. insti. de hære. quæ ab intes. defe. & .§. sed sui quidem de hær. d. quali. & diffe. & aut. in successione. C. de suis & legi. hæred.

Quæritur etiam de successione Flogij. Respon. admittendos esse eius filios, cum defecerit in eius persona conditio susceptis filijs. Idem dicendum est de hæreditate Heretinæ, pertinet enim ad eius filios.

Postremo quæritur de hæreditate Daphnici, in quo proculdubio extitit conditio, cum mortuus sit sine filijs, & quia substitutio superius facta à patre, fuit reciproca mixta cum compendiosa facta per uerbum moriatur, quod est commune, in qua continetur uulgaris, pupillaris, & fideicommissaria, ut not. doc. in. l. precibus. C. de impub. & ali. sub. l. Lutius. ff. eo.

Nunc uidendum est quę nam earum locum habebit si enim. d. Daphnicus non adiuit hæreditatem, habebit locum uulgaris, per

quam ſucceditur Franciſco patri. Inſti. de pupil. in prin. Quamobrem per eam ſuccedent Criſippus, & Carmeta, qui ſoli ſuperſunt ex ſubſtitutis, filij autem Flogij & Hæretinæ non uocabuntur, propterea q ſubſtitutio non tranſit ad hæredes .l. ſi ex pluribus .ff. de ſuis & legi. hæred. ſi uerò Daphnicus patri hæres fuit, extincta eſt uulgaris .l. poſt aditam .C. de impub. & al. ſub.

Item ſi .d. Daphnicus adita hæreditate, mortuus fuerit in pupillari ætate, uendicabit ſibi locum pupillaris, contenta in compendioſa. per quam ipſi Daphnico pupillo, & in omnia ipſius bona undecunque ad eum profecta, ſuccedetur. Inſti. de pupil. in prin. & .l. ſed ſi plures. §. ad ſubſtitutos. ff. de uulg. & pupil. per quam pupillarem ſubſtitutionem, uocabuntur ijdem ſcilicet Criſippus atque Carmeta. filij uerò fratris, ſororiſque mortuæ minime, ut dictum eſt in uulgari.

At ſi Daphnicus mortuus eſt pubes iam factus, pupillaris finita eſt .l. in pupillari .ff. de uulg. & pupil. Reſtat, ut ſolum locum habeat fideicommiſſaria in dicta compēdioſa ſubſtitutione contenta, de ea itaque tractandum nunc eſt, & quoniam ut dixi, eſt obliqua ſubſtitutio, nec poſſunt ſubſtituti, per eam, manu propria capere hæreditatem, iccirco neceſſarium eſt, ut ſubſtituti, qui & fidei commiſſarij dicuntur, uidelicet Criſippus & Carmeta, in ueniant heredes dicti Daphnii, ſiue teſtamentarios, ſi teſtamentū fecit, ſeu legitimos, ſi mortuus eſt ab inteſtato.

Legitimi ergo dicti Daphnici hæredes ſunt Criſippus & Carmeta, tres item filij Heretinæ, ac etiam duo filij Flogij, omnes n. ſuccedunt ei ab inteſtato. Auten. ceſſante. C. de leg. hæred. Verumtamen, cum Criſippus & Carmeta ſint fideicommiſſarij & legitimi hæredes, ita diuidenda eſt Daphnici hæreditas. Vt primum ſeparentur bona, quæ is habuit á patre, a bonis quæ aliundè fortaſſe habuit, propriæ enim ipſius grauati facultates fideicō miſſo non continentur. d.l. cohæredi. §. cum filiæ .ff. de uulg. & pupil. Deinde, de bonis paternis detrahatur legitima, in qua nō potuit filius grauari, immo ſtatim ipſo iure ab illis bonis legitima ſeparatur. l. quoniam in prioribus .C. de inoffi. teſta. quæ erit tertia pars, uel dimidia eius portionis, quam habuit grauatus à teſtatore. Aut. nouiſſima .C. de inoffi. teſta.

Facultates grauati nō cōtinētur fideicommiſſo

Deinceps detrahenda eſt quarta Trebellianica .d. §. cum filiæ & .§. ſed quia tot. tit. Inſti. de fideicom. hæred. Diuidantur itaque legitima & Trebellianica una cum alijs bonis dicti Daph-

nici, si quæ fortasse habet præter ea quæ habuit à patre, diuidantur inquam inter eius legitimos hæredes, prout ab intestato uocantur.

Fiant itaque in specie proposita, quinque partes, una dabitur Crisippo, altera Carmetæ, uti legitimis hæredibus: in hac portione. Tertia pars filijs Flogij, qui in locum patris succedunt. Quarta item pars filijs Heretinæ. Aut. Cessante. C. de legi. hæred. Quinta matri. Aut. Vt fratrum filij. §. hoc itaque Aut. defuncto. C. ad senatus cons. Tertull. Reliquum uerò, restituatur Crisippo, atque Carmetæ, tanquam fideicommissarijs, & sic ut uides, bis uocantur Crisippus et Carmeta semel ut legitimi hæredes una cũ alijs, iterum ut fideicõmissarij, & hæc sufficiant de obliqua, seu fideicõmissaria substitutione.

C L. Declaratio diffinitionum circa substitutiones.

SED rursus magis plenè de substitutionum diffinitione dicẽdum est. Communis itaque diffinitio substitutionis, ut diximus huiusmodi est.

Substitutio est secunda institutio, quæ satis mihi minime facit Quamobrem altera quærenda est.

Et pro ueritate scire oportet reperiri instituo uerbum, uti supremum genus, quod idem significat quod ordino, & institutio idem quod ordinatio. Huius enim duæ sunt partes, vna, quæ fit in ultima uoluntate, ut est hæredis & fideicommissi & legatorũ, institutio qui enim facit hæredem instituit, & qui fideicommissum & legata præstari iubet etiam instituit, hoc est ordinat, seu disponit. Institutio uti genus capitur Institutionis due species.

Altera est, quæ fit inter uiuos, instituimus enim procuratores, uineas aciem & similia.

Reperitur præterea uerbum substituo, quod significat idem quod subordino, & substitutio, quæ est perinde ac subordinatio quæ substitutio uti supremum substitutionum genus, ita diffinitur, substitutio est sequens institutio, Dixi sequens, ut complectatur secundam, tertiam, & quartam, & deinceps. Hæc autem in duas diuiditur partes, vna fit inter uiuos, substituimus enim procuratores & uites. §. in pecudum. Insti. de rer. diuis. Altera fit in ultima uoluntate, & hæc uel fit in testamento uel in codicillis, substitutio uti gen' supremum

quæ ita diffiniri potest.

substitutio nis diffini tio in ulti ma uolun tate.

Substitutio est sequens testatoris institutio: hoc est ordinatio. Hæc diffinitio complectitur omnes sequentes institutiones, & directas & obliquas. Nam non solum uulgaris & pupillaris, est sequens testatoris institutio, sed fideicommissa, & legata, sunt et sequens testatoris institutio, hoc est ordinatio, institutio enim hæredis, est caput & fundamentum totius testamenti. insti. de leg. §. ante hæredis institutionem & est prima institutio, seu ordinatio, saltem ordine intellectus. arg. l. moribus. §. sed & si quis, & ibi Bar. ff. de uulg. & pupil.

Quod autem fideicommissa, & legata dicantur substitutiones probat tex. in. l. generaliter. C. de insti. & sub. sub cond. fac. Huiusmodi diffinitio est bona, constat enim ex genere & differentijs. Bar. in. l. i. ff. de testa. Institutio enim, seu ordinatio est genus, competit enim institutioni inter uiuos, & in ultima uoluntate factæ. Illa dictio testatoris, ponitur ad differentiam institutionis inter uiuos, illa dictio sequens, ponitur ad differentiam præcedentis institutionis, Conuertitur etiam cum suo diffinito, nam omnis sequens testatoris institutio, est substitutio, de qua agitur: ergo bona.

CLI. Declaratio quare substitutio dicatur directa & obliqua.

Substitutio ĩ duas diuiditur species

Huiusmodi autem substitutio, ut genus subalternum, subdiuiditur in directam & obliquam. Et directa dicitur eo quod ante. l. quoniam indignum. C. de testa. necessario facienda erat institutio, uerbo indicatiuo: & nomine recto, hoc est uerbum debebat esse imperatiui modi, & is qui instituebatur, uel nominatiuo, uel vocatiuo casu appellandus erat, vt puta, Titius seu Titi, ecce nomẽ hæredis in casu recto, hæres esto: ecce verbum indicatiui modi & non poterat quis institui uerbis inflexis hoc est non poterat testator dicere instituo Titium, seu uolo Titium mihi esse hæredem.

Dicitur itaq; substitutio directa, seu melius recta, eo quia fiebat uerbis rectis. d. l. quoniã indignum. Effectus erat quod qui erat ita institutus poterat manu propria capere, ab effectu igitur Doctores dicunt appellari directam, sed melius est ut directa appelletur, à rectis uerbis quibus conficiebatur q̃ ab effectu, quem

admodum compendiosa & breuiloqua, itaq; directa ita diffiniri potest.

Substitutio directa est sequens testatoris institutio seu ordinatio in locum dificientis hæredis: Et hæc si bene consideretur, est bona, constat enim ex genere & differentijs, substitutio enim directa est diffinitum, illa dictio institutio est loco generis, uerbum sequens ponitur ad differentiam præcedentis, Dictio testatoris, ad differentiam substitutionis inter uiuos: illa uerba in locum deficientis, ponuntur ad differentiam sequentis institutionis, quæ fit in secundo & tertio testamento quæ fieri potest etiam in locũ non deficientis, illa dictio hæredis, ponitur ad differentiam institutionis sequentis, quæ fit inter uiuos, ut puta in procuratore, & in uitibus quæ non fiunt in locum hæredis deficientis, Hæres autem tunc dicitur deficere, quando non uult, uel non potest esse hæres, uel quando deficit, hoc est moritur in pupillari ætate. Hæc etiam conuertitur cum suo diffinito, Omnis enim sequens testatoris institutio in locum deficientis hæredis, est directa substitutio ergo bona secundum Bar. in. l. i. §. dolum. ff. de dolo.

Substitutionis directæ diffinitio

Obliqua uerò substitutio dicitur, eo quod obliquo casu fiebat, & uerbis indicatiui modi, non autem imperatiui, ut puta rogo uolo, mando, iubeo &c. ut hæres meus restituat Titio hæreditatem, uel rogo ut faciat Titium hæredem, & quia testator obliquo casu utebatur, ideo dicitur obliqua, non autem ob id quod capiebat manu hæredis (ut aiunt Doct.) nam quod substitutus obliq̃ casu, aliena manu capiat, est effectus obliquæ substitutionis, & magis à casu obliquo dicenda est obliqua, quam ab effectu, quę admodum compendiosa & breuiloqua: Obliqua ita diffiniatur

substitutio quare dicatur obliqua

Substitutio obliqua est sequens testatoris institutio seu ordinatio, ab hærede obseruanda seu præstanda, & hæc est bona, illa uerba præstanda, ponuntur ad differentiam directæ, quia fideicõmissa & legata ab hærede præstantur. Inst. de leg. in prin. & l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupil. Hæres uerò directus capit propria manu. uide Bar. in. l. centurio. ff. eod.

Sed sunt nonnulli, qui dicunt fideicommissariam non esse proprie substitutionem, quod aiunt constare ex rubrica de insti, & sub. & resti. C. ubi restitutio est quid diuersum à substitutione, id quod ostendit illa dictio &, quæ inter diuersa poni solet, ut in rubrica de iur. & fact. ign. Adducunt etiam tex. in. l. generaliter in prin. ibi. non esse locus substitutioni uel restitutioni. C. de inst. & sub. & rest.

Substitutionis obliquæ diffinitio

Sed isti maximopere aberrant, id quod facile ostendetur, sed prius monstrandum est, ibi, esse substitutionem id quod apertissime ostendit tex. in d. generaliter. §. cum autem. Vbi ex Papiniani senrentia, dicitur substitutionem euanescere, si is qui substitutionem prægrauatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit, Vides igitur fideicommissariam ab Imperatore ibi appellari substitutionem.

Et si diceres, licet dicat substitutionem euanescere, tamen non loquitur de fideicommissaria, potest enim loqui de uutg. seu pupil. Ad hoc respondetur, quod ille tex. necessario de fideicommissaria intelligendus est, id quod ostendunt illa uerba, si is qui substitutione prægrauatus est, in pupillari enim filius non grauatur, est enim testamentum & honor ipsius filij. §. igitur. Insti. de pupil. sub. præterea nō potest in ea ætate filios habere: Item nec in exemplari dicitur grauatus, ea enim substitutio est testamentū ipsius mente capti. Item in uulgari filius non dicitur grauatus, quia habet locum si hæres non erit, & nulla lex substitutum uulgarem appellat grauatum, si igitur non loquitur nec de pupillari, nec de exemplari, nec de uulgari, restat ut de fideicommissaria loquatur: per quam proprie dicitur quis grauari, probat igitur manifestissimè ille tex. fideicommissariam esse substitutionem, & si est substitutio, aut est directa aut obliqua, hæ enim sunt duæ partes substitutionis in genere, directa non est, per directam enim quis propria manu capit Bar. in. l. centurio in penul. col. ff. de uulg. & pupil. erit igitur obliqua per quam ab alio restituente, substitutus accipit. l. cohæredi. §. cum filio. ff. de uulg. & pupil.

Non obstat quod in dicta rubrica, & in. d. l. generaliter ponatur substitutio & restitutio, nam duo extrema in hoc consideranda sunt, unum est, is qui substituitur. & huius respectu, illa testatoris dispositio appellatur substitutio, alterum est is, à quo fideicommissum restituendum est, & huius respectu eadem testatoris dispositio uocatur restitutio. Hanc ob causam Imperator in. d. rubrica, & in. d. l. generaliter meritò utriusq; mentionem facit, in directa testatoris dispositione non fit mentio, nisi unius extremi hoc est eius qui substituitur: alterum extremum prætermittitur, eo q; is cui fit substitutio, non dicitur restituere, is enim qui substituitur, manu propria capit, ut dictum est.

Non est igitur dubitandum substitutionem obliquam, esse speciem substitutionis in genere. si enim directa substitutio, sine controuersia est una species, necessariò sequitur, ut obliqua sit altera

species

ſpecies, Nam ſubſtitutio uti genus, ad minus debet duas ſpecies continere. Nam quemadmodum ſubſtitutio ut genus: & illa dictio directa, uti differentia ſpecifica, conſtituunt unam ſpeciem quæ ſubſtitutio directa appellatur: Ita ſubſtitutio uti genus, & dictio obliqua uti differentia, conſtituunt alteram ſpeciem, quæ obliq̃ uocatur ſubſtitutio genus .n. & differentia conſtituūt ſpeciem, animal enim & rationale conſtituunt ſpeciem, qui dicitur homo.

C LII. Declaratio, an ſubſtitutio obliqua ſit proprie ſubſtitutio.

SED dices fortaſſe, nemo eſt qui dicat obliquam ſubſtitutionem, non eſſe ſpeciem ſubſtitutionis, ſed ſcribentes aiunt, nō eſſe proprie ſubſtitutionem, ſed qui hoc dicunt, cum Dialecticis litem ſuam faciunt, Illi enim aiunt genus cuilibet ſpeciei proprie ineſſe, hoc idem dicit gloſ. in .l. ſi quid earum .§. inter emptum. ff. de leg. iij. ita enim proprie aſinus eſt animal, ſicut & homo.

Et in propoſito, ita ſubſtitutio uti genus proprie ineſt ſubſtitutioni obliquæ, uti ſpeciei, & conſequenter ita obliqua ſubſtitutio eſt proprie ſubſtitutio, quemadmodum & directa, non enim genus minus proprie uni ſpeciei quam alteri ineſt, cum æquè de ambabus dicatur, conuentio enim uti genus ęquè ꝓpriè unicuiq; contractui ineſſe dicitur. l. i. §. adeo ff. de pact.

Subſtitutio directa in quinq; ſubdiuiditur partes, hoc eſt in uulgarem, pupillarem, exemplarem, breuiloqnam, & compendioſam. ſubſtitutiō directa ſubdiuiditur ī quinque partes

Subſtitutio uulgaris, eſt ſequens teſtatoris inſtitutio, ſeu ordinatio in locum deficientis hæredis, per quam teſtatori ſuccedit. Inſt. de pupil. ſub. in prin.

Subſtitutio pupillaris, eſt ſequens teſtatoris inſtitutio, ſeu ordinatio in locum hęredis in pupillari ætate deficientis, per quam pupillo ſucceditur. Inſt. eo.

Subſtitutio exemplaris, eſt ſequens teſtatoris inſtitutio, ſeu ordinatio in locum hæredis in furore uel fatuitate deficientis, hoc eſt morientis, per quam mente capto, ſeu fatuo ſucceditur .§. qua ratione. Inſti. de pupill. Quę autem ſit compendioſa, & an ſit per ſpecies, inferius dicetur. ſubſtitutionis exēplaris diffinitio

Substitutionis diffinitionis data a Doct. reprobatio

Quod autem communis diffinitio, uidelicet substitutio, est secunda institutio, non sit bona, eò patet, quod competit alij, quam diffinito. Bar. in. l. i. §. dolum. ff. de dolo. competit enim substitutioni procuratoris, potest enim quis instituere procuratorem, & hæc erit prima institutio, deinde potest illi alium substituere, & hæc est erit secunda institutio.

Item potest quis instituere, hoc est ordinare uites, deinde alias substituere. §. in pecudum. Inst. de rer. diuis. & sic erit secunda uitium institutio. Non est igitur bona diffinitio glos. in rubrica. ff. de uulg. competit enim alij, à diffinito.

Præterea non est bona, quia non comprehendit omnes diffiniti partes, potest enim esse secunda, & tertia, & quarta substitutio Inst. de uulg. in prin, ergo non bene dicit glos. cum ait, est secunda institutio: Nec obstat si diceres quod quarta potest dici secunda respectu præcedentis, nam si ita diceres, sequeretur ut tertia esset prima, quod est absurdum. Et si diceres tertia est prima, respectu quartæ, non recte dices, primus enim dicitur, quem nemo præcedit. l. proximus. ff. de uerb. & rer. sig. sed tertiam secunda & prima antecedit. Et ex his constat diffinitionem glos. probandam non esse.

Nec obest simile de secundis nuptijs, quod glos. adducit. existimat enim glos. tertias & quartas nuptias ab Imperatore in rubrica de secund. nupt. secundas appellari, decipitur equidem glos. non enim Imperator tertias nuptias, appellat secundas, sed constituit quid in secundis nuptijs obseruandum sit, & qua ratione, id quod sancitum est in secundis nuptijs, est obseruandum, pari ratione & in tertijs & quartis obseruandum erit. Sed dices, si tertiæ & quartæ nuptię non appellantur secundæ, quamobrem Imperator secundarum tantum nuptiarum, & non aliarum mentionem fecit, Respondeo id ideo factum esse, quia frequenter mulier secundo nubit, raro autem tertio, & quarto, & lex potius debet aptari ad ea quæ frequenter eueniunt. l. nã ad ea. ff. de legi. & senatus consul. &c. Item lex. id sumit quod plurimum fit. v. Ethic.

Sunt qui aliter diffiniant, aiunt enim, substitutio est secunda uel ulterior institutio, hæc licet ob illud uerbum, & ulterior, tertias, & quartas, & ulteriores substitutiones complectatur, nõ est tamẽ admittenda, & est perinde ac si quis uelit hominem diffinire, & dicat est corpus animatum sensibile: Huiusmodi diffinitio competeret tam homini, quam bestiæ.

Ita in proposito, titulus de uulg. & pupil. tractat de substitutione, quę fit in ultima uoluntate, & diffinitio, materiæ de qua agitur, consentanea esse debet, Sed illa diffinitio supra scripta, cōpetit. & substitutioni quæ fit in ultima uoluntate. & ei, quæ fit inter uiuos, nam potest esse, & secunda & ulterior procuratoris institutio potest enim quis plures procuratores instituere, pluresq; uites seriatim in unius locum substituere, peccat igitur in hoc, q̄ non solum competit diffinitioni, de qua in titulo nostro tractatur, sed alij inter uiuos, recipienda igitur non est. Diffinitio enim debet ea, esse quā subiecta materia requirit, arg. l. si uno. ff. loc. Res enim perinde explicanda est, ac subiecta materia postulat. i. Ethic.

Redeundum est nunc ad aliam substitutionis speciem, quæ directa substitutio nuncupatur. Hæc itaq; directa, tanquam genus subalternum in has species diuidatur, in uulgarem scilicet, pupillarem, exemplarem, & militarem.

CXLIII. Declaratio, utrum uulgaris, an pupillaris fuerit prius inuenta.

SED antequam de his tractemus, prius uidendum est, utra duarum inuenta prius fuerit, uulgaris ne, an pupillaris, si ad titulos respexeris, sine dubio, dices uulgarem prius inuentam fuisse, cum illi inscripti sint, de uulgari, & pupillari: Attamen diligentius consideranti, facilè apparebit pupillarem fuisse prius inuētam, fuit enim à Lacedęmonijs instituta, ut not. glos. & Bar. in. l. moribus. ff. de uulg. & pupil. a quibus Romani eam acceperūt, si quidē decem illas tabulas partim à Lacedæmonijs, partim ab Athenienstibus habuerunt. l. ij. ff. de orig. iur. At uulgaris longo post tempore introducta fuit, tempore uidelicet bellorum ciuilium, ut apertè colligitur in. l. unica. C. de cadu. tolle. de qua mox dicetur.

Substitutio pupillaris prius inuenta.

Subst. uulgaris quo tēpore fuit inuenta

Suboritur, & alia quæstiuncula hæc scilicet. si prius inuenta est pupillaris, quamobrem à Iureconsultis præposita est uulgaris, cū inscribatur titulus de uulg. & pupil. Ad hoc respon. eos, qui huiusmodi fecerunt inscriptionem (uix equidem crediderim fuisse Iureconsultos) esse ordinem naturæ secutos, natura enim prius est non ens, quam ens, seu prius priuatio, quam habitus, prius enim fuit non esse mundi, quam esse, & ī ligno prius est priuatio ignis

Vulgaris pupillari quare in titulo preferatur

quam actus, idest forma ipsius ignis.

Ita & in proposito, si ordinem naturæ, & non inuentionem considerabis præponenda fuit uulgaris pupillari, uulgaris enim præsupponit non ens. seu priuationem: Eius formula hæc est, si Titius hæres non erit. Seius hæres esto. Insti. de uulg. in prin. At pupillaris præsupponit ens, seu esse, seu habitum, cum eius formula ita sonet, si filius hæres erit, & prius moriatur quam in suam tutelam uenerit, Seius hæres erit, Insti. de pupil. in prin.

substitutionis uulgaris formula.

Meritò itaque considerato ordine naturæ, & non inuentionis tempore, præponenda fuit uulgaris, licet postea fuerit inuenta, sicut homo sexto die plasmatus, præponitur alijs creatis õnibus quinque prioribus diebus, Gene. c. i. Nam & si tempore fuerit homo ultimus omnium rerum plasmatus, cum natura homo, sit cæteris nobilior, omnibus alijs rebus anteponendus est. l. sancimus, C. de sacr. san. eccl.

CLIIII. Declaratio quare appelletur uulgaris substitutio, & quomodo fuit inuenta.

Vulgaris quare dicatur secundum Doc.

QVærunt deinceps quare appellata sit uulgaris, Doctores communiter in .l. i. de uulg. & pupil. sub. dicunt appellatam esse uulgarem, eo quòd â quolibet & cuilibet fieri potest, id quod uix possum admittere, nõ enim potest fieri à furiosis a deportatis, ab impuberibus, & a multis alijs, addent ipsi idoneo, sed si hoc addas, etiam pupillaris posset appellari uulgaris, cum & ipsa possit a quolibet, & cuilibet idoneo effici.

Tu uero aliter dicas. Sed prius sciendum est, olim tempore bellorum ciuilium, cum esset ærarium exhaustum, fuisse latam legem quandam Papiam, qua introductum fuit, ut nec legatorum, nec fideicommissorum antequam testamenti tabulæ aperirentur, dies cederet nec hæreditas adiri poterat, nisi essent liberi instituti idcirco plerunque & legata, & fideicommissa, quin etiam, & hæreditates caduca efficiebantur, caducum autem triplici modo fiebat.

Caducum quot modis fiebat.

Primò si relinquebatur ei, qui tunc non erat in rerum natura, & dicebatur pro non scripto, & hoc fisco minime applicabatur, sed apud eos, a quibus fuerat relictum remanebat.

Secundo, si is qui aliquid ex testamento erat habiturus, uiuo testatore, fuisset mortuus, uel ipsum relictũ expirabat, conditione forte deficiente, sub qua relictum erat, & hoc appellabant in causa caduci, id quod fisco applicabatur.

In causa caduci.

Tertio si mortuo iam testatore, id quod iam relictum erat, aliquo modo deficiebat, quod aperta uoce caducum nuncupabatur & fisco applicabat, hæc hodie sunt cosrecta. l. unica. C. de cadu. tollen.

Noua ratio quare fuit inuēta uulgaris & quare ita dicatur

Testatores itaq; uidentes bona sua ad fiscum deferri, ægreferebant huiusmodi caducorum obseruationem, quamobrem introduxerunt substitutiones, ne fierent caduca, & si facta essent, ad certas personas ab eis substitutas deuenirent. d. l. i. §. i. Patet igitur testatores inuenisse sustitutiones, non pupillarem, quæ multo ante à Lacædemonijs fuerat introducta, & fit pupillo. inuenerunt igitur eam per quam succeditur testatori, quam deinde iureconsulti appellarunt uulgarem, propterea ꝙ á uulgo testantibus fuit inuenta. Res enim plerunq; ab inuentore nomen accipiunt, ut Trebellianica à Trebelleio, & lex Aquilia ab Aquilio. Habes itaq; quamobrem dicta sit uulgaris, dicta est enim á uulgo, id est à populo inuentore.

Vlterius queritur, in quot partes diuidatur uulgaris. Resp. in duas principales, in expressam scilicet & tacitam.

substitutio uulgaris in quot partes diuiditur

Expressa duplex, alia enim est expressa in genere, ut aiũt Doc. ueluti ea quæ in breuiloqua, seu reciproca, uel compendiosa continetur secundum Doctores, & ideo compendiosam appellant genus, quod mihi nequaquam placet, si enim esset genus, necessario sua haberet species, & uulgaris & pupillaris essent species compendiosæ, quod est falsum.

Non enim uulgaris est species compendiosæ, propterea ꝙ nõ sequitur est uulgaris. ergo compendiosa, sequeretur profectò si esset species, ueluti cum dicimus est homo, ergo animal. Nec etiã ualet, non est compendiosa, ergo non est uulgaris, ꝙ si compendiosa esset genus utiq; ualeret. Valet enim non est animal. ergo nõ est homo. Vulgaris itaq; est in compendiosa, sicut contentum in continenti: sicut in simili plures homines cantores dicuntur contineri, sub hoc nomine choro.

substitutio uulgaris & pupillaris, quo modo sunt in cõpendiosa

Est enim chorus nomen quoddam collectiuum & continet sub se plures homines cantores fortasse. l. si chorus. ff. de leg. iij. Qui ergo legat chorum licet singulos in ea contentos non expresserit, tamen perinde est, ac si singulos legasset, & sic dicuntur

Substitutio compendiosa est quoddam totum collectiuum

sub contento expressi.

Ita in proposito, compendiosa est quoddam totum collectiuum, continens sub se plura tempora, & plures substitutiones, ut suo loco diietur. Vulgaris ergo in ea continetur, non tanquam species sub genere, sed tanquam contentum sub continenti, qui ergo facit compendiosam, licet non exprimat singulas substitutiones in ea contentas, tamen perinde est ac si singulas expressisset, arg. d. l. chorus.

Vulgaris itaque dicatur expressa in genere, non eo genere, quod de pluribus differentibus specie prædicatur, sed in quodam toto quod Doc. largè appellant genus. Bar. in. l. non ui detur. C. de integ. rest. Dicit totum sumi tanquam genus, & partem totius tanquam speciem.

C L V. Declaratio de toto & eius partibus.

Totum tribus modis

Est animaduertendum, totum posse trifariam dici, itidem & partem, Est enim totum quoddam generale, cuius partes dicuntur subiectiuæ. Bar. in. l. re coniuncti in. ij. col. ff. de leg. iij. Et in hoc argumento a toto ad partes ualet negatiuè, non autem affirmatiue, sequitur enim non est animal, ergo non est homo. sed si dicas, est ibi animal, ergo homo non ualet, E contrario à parte ad totum, idest à specie ad genus, ualet affirmatiue non autem negatiue: ueluti est homo, ergo animal recte dicimus, at si quis dicat non est homo, ergo non est animal decipitur. Est aliud quod dicitur totum integrale, & eius partes itidem integrantes, utputa domus est totum, paries, tectum, solum sunt partes. l. cum qui ædes. ff. de usucapio.

Totum integrale

Emptio & uenditio totum integrale

Item emptio, seu uenditio, est quoddam totum integratum, pretium & consensus sunt eius partes integrantes, & in hoc a toto ad partes ualet affirmatiuè, non autem negatiuè: ualet enim est domus, ergo paries, tectum & solum. At si quispiam dicat non est domus, ergo non est paries, errabit, potest enim esse paries sine domo. A parte uerò ad totum negatiuè, non autem affirmatiuè ualet, sequitur enim non est paries, ergo non est domus. est paries, ergo domus non ualet.

Totum quotitatiuum

Est quoddam aliud totum quotitatiuum, ut aiunt, & eius partes quotitatiuæ, ut tabula, & eius partes, utputa dimidia, tertia,

quarta, & in hoc ualet argumentum a toto ad partes, tam affirmatiuè quam negatiuè: Valet enim non est tabula, ergo nec dimidia nec eius tertia pars est. Item affirmatiue, est tota tabula, ergo dimidia & tertia pars tabulæ est. A parte ad totum eodem modo ualet, sunt enim homogenea, id est eiusdem nominis, totum & pars, Valet ergo est tertia pars tabulæ, ergo tabula, non tamen tota.

Est præterea aliud quoddam totum quod dici potest collectiuum, seu continens, ut superius dictum est de choro. Totum collectiuum

Hoc præmisso redeo ad rem, dixi unum quodque totum largè posse appellari genus, quare uulgaris contenta in compendiosa, non ab re a doctoribus appellatur expressa in genere, idest in toto collectiuo seu continenti: & hæc eadem dicitur tacita in specie, & in indiuiduo, eo quod neque in specie, neque in indiuiduo expressa est. Substitutio uulgaris expressa in genere

Est & alia uulgaris expressa in specie, ueluti si dicatur si Titius hæres non erit, Seius hæres esto, Insti. de uulg. in prin. hoc. n. modo est expressa in specie sua hæc eadem dicitur tacita in indiuiduo, proptereaque non est facta in indiuiduo. Subst uulgaris expressa in spē

Est & alia expressa in indiuiduo, seu singulariter, pro quo animaduertendum est, quod huiusmodi uerba, si hæres non erit in duas diuiduntur partes, hoc est, si noluerit, uel non potuerit. Item pars illa, si noluerit, amplius non subdiuiditur. Pars uerò illa si non potuerit esse hæres, intelligitur uel propter mortem, uel ob aliud impedimentum iuris, uel facti, ubicunque ergo a testatore alteruter horum casuum, fuerit expressus idest, si Titius noluerit esse hęres, uel non potuerit, uel si moriatur ante aditam hæreditatem, uel si non nascatur, dicitur expressa in indiuiduo, seu singulariter, uel melius in specie specialissima, secundum Dialecticos, Indiuidua enim nō dicuntur nisi addito pronomine demonstratiuo, hic uel ille, uel iste. Verba si hæres nō erit quomodo ītelligātur

Et sic uulgaris substitutio tripliciter expressa dici potest, in genere scilicet, in specie, & in indiuiduo, seu in specie specialissima sicut potest quis tripliciter exprimere Petrum in genere scilicet, & in specie & indiuiduo, in genere ueluti si quis dicat, omne animal, exprimit etiam Petrum sub ea appellatione, quippe cum Petrus sit animal, in specie, cum dicit omnis homo, tunc enim & Petrus dicitur exprimi, cum & ipse sit homo: in indiuiduo seu singulariter, ut puta cum dicit Petrum. Quemadmodum igitur homo tribus modis exprimitur, ita & uulgaris substitutio. Subst uulgaris quot modis dicatur expressa

Eſt & alia uulgaris partim expreſſa, partimq́ tacita, quo ad caſum, ueluti cū quis dicit, ſi Titius noluerit eſſe hęres, Seius hæres eſto. Ecce ꝙ eſt expreſſus unus caſus ſingulariter, ſeu unum indiuiduum alius uerò eſt omiſſus, & tamen tacitè in altero caſu intelligitur facta ſubſtitutio, nam licet ille Titius uelit eſſe hæres, nō tamen poſſit, habet ſanè locum ſubſtitutio, dicunt enim Doctores ſubſtitutionem uulgarē factam in alterutro indiuiduorū, porrigi ad utrumq́, uel ut eorum uerbis utar, ſubſtitutio facta in uno caſu, porrigitur ad alium, nam ſi ita facta fuerit ſubſtitutio, ſi noluerit eſſe hæres, habet etiam locum, eo caſu, quo non potuerit, & hæc hactenus de expreſſa.

ſubſtitutio uulgaris quot modis dicatur tacita

Vulgaris etiam tripliciter uocatur tacita, eam enim quæ eſt expreſſa in compendioſa, appellant doctores tacitam, proptereaq́, neq́ in ſpecie, neq́ indiuiduo expreſſa eſt dicitur tamen expreſſa in genere, ut diximus, quamobrem eadem poteſt dici expreſſa, & tacita quo ad quid.

Eſt & alia tacita in indiuiduo, ut puta quando dicitur, ſi Titius hæres non erit, hæc enim dicitur expreſſa in ſpecie, tacita autem in indiuiduo, eoq́ neutrum indiuiduorum eſt expreſſum, ideō quia non fuit dictum ſi noluerit uel non potuerit.

Eſt alia & ōnino tacita, ut ea quæ in expreſſa pupillari continetur, ſi enim pater habens filium impuberem dicat, ſi filius meus hæres erit, & impubes morietur Titius hæres eſto, hæc eſt mera pupillaris, & ut uides uulgaris à teſtatore minime facta eſt, & tamen ſi filius uelit paterna hæreditate abſtinere, quod poteſt. §. ſui inſti. de hæred. quali. & diffe. uulgaris tacita omnimodo ut aiunt locum habebit.

ſubſtitutio uulgaris ſubintellecta eſt ōnino tacita

Ego autem huiuſmodi ſubſtitutionem, ſum ſolitus appellare uulgarem, a lege ſubintellectam. l. nam hoc iure. ff. de uulg. & pupil. ubi dicitur, cum pater filio impuberi in alterum caſum ſubſtituerit, in utrumq́ ſubſtituiſſe intelligatur, lex enim facta ſolum pupillari a patre, facit ſeu ſubintelligit uulgarem, dicatur ergo uulgaris facta ſeu ſubintellecta à lege, & hæc eſt omnino tacita.

Declaratio

CLVI. Declaratio pupillaris substitutionis.

NVNC summatim dicendum est de pupillari. Primum itaque a quopiam quæretur, quo iure pupillaris sit introducta, dicito, eam initium habuisse ex iure non scripto, hoc est ex moribus lacedemoniorum, apud quos boni mores memoria, & non scriptura continebãtur, Lacedęmonij igitur introduxerunt, ut quis liberis suis impuberibus testamentum facere posset. l. moribus. ff. de uul. & pupil. & ibi glos. in uerbo moribus. A. Lacedęmonijs deinde decem illi uiri publica Romanorũ auctoritate, in Gręciã missi bonos, ac diuturnos mores, decem in æneis tabulis pręscriptos, una cum Atheniensium legibus Romam detulerunt, additis postea duabus alijs tabulis, & in ijs duodecim tabulis eo tempore omne ius Romanorum continebatur, quod dicebatur ius scriptũ. & ea, quæ illis tabulis scripta erãt, appellabãt leges duodecim tabularũ. l. ij. §. exacta. ff. de orig. iur. substitutio pupillaris quo iure fuit introducta.

Pupillaris itaque apud Lacedæmonios fiebat, ex iure non scripto, apud Romanos uerò hodie fit ex iure scripto, ut ex supra dictis patet, Et licet Bar. dicat in. l. moribus. ff de uulg. & pupil. consuetudinem in scripturam redactam non desinere esse consuetudinem, scriptura enim nil dat consuetudini, sed dumtaxat eam probat. l. cum res. C. de prob. Quamobrem secundum eum substitutio pupillaris etiam hodie dicenda est ex iure non scripto.

Tamen tu ita dicas, aut aliquid receptum erat â populo expresso consensu, hoc est suffragio in comitijs, rogãte magistratu, & illud appellabatur lex, ut. l. de quibus. ff. de legi. Aut aliquid recipiebatur non suffragio, sed rebus ipsis & factis, hoc est tacito cõsensu, qui consensus ex pluribus actibus & longo tempore colligebatur dicebaturque consuetudo. d. l. de quibus, &. l. diuturna & .§. nam diuturni. Insti. de iur. nat.

Hæc autem consuetudo, licet postea in scripturam reducatur, tamen dicenda est consuetudo: scriptura .n. fit, ut facile aliquis probari possit. & ita loquitur Bar. sed pupillaris substitutio nõ est a populo Romano, tacito consensu, longoque tempore introducta, illę enim tabulæ æneæ, in quibus præscipti erant Lacedæmoniorum mores, & consequenter pupillaris substitutio, pro rostris præpositæ fuerunt, à populoque suffragijs approbatæ d. §. ex actis, & ita ea quæ in illis tabulis continebantur, leges appellatæ

ſunt. Ex ĳs ſatis conſtat pupillarem ſubſtitutionem iure Roma-
norum eſſe ex iure ſcripto.

CLVII. Declaratio an ſcriptura ſit de eſſentia legis.

EX ſupradictis etiam tolli poteſt controuerſia, qua dubita-
tur, an ſcriptura ſit de eſſentia legis, multi enim aiunt ſcrip-
turam eſſe de eſſentia legis, id quod probari affirmant. §. ſin-
gulorum Inſti. de rer. diuiſ. ibi, cum leges ſcribi cœperunt.
Multi uerò id negant.

Lex quid

At tu audacter dicas, ſcripturã non eſſe de eſſentia legis, quod
ex illius diffinitione patet, lex enim eſt quod populus Romanus
ſenatorio magiſtratu interrogante, ueluti conſule, conſtituebat,
quod enim à diffinitione remouetur, & à diffinito remoueri o-
portet, ut inquiunt philoſophi. id enim, quod non eſt in diffini-
tione, nec in diffinito quippe eſt.

Diffinitio quid oſtendit

Diffinitio enim eſt oratio quid eſſe rei per eſſentalia demon-
ſtrans, ſcriptura uero non ponitur in diffinitione legis, ergo &c.
id enim quod populus Romanus rogante magiſtratu in comi-
tĳs ſuffragio confirmat, ſtatim ſubſiſtit, & eſt lex quicquid dein-
de rei ſubſiſtenti accidit eſt accidens, ut inquit ſanctus Thomas
in opuſculo de pluritate formarum: Nam licet homini ſubſiſten-
ti, adueniat muſica, ſeu grammatica, non tamen eæ ſunt de eſſen-
tia hominis, ſed ſunt formæ quædam accidentales, dicitur itaq;
homo muſicus, uel grammaticus, ſi igitur ſcriptura conſuetudini,
ſeu legi iam ſubſiſtenti addatur, non erit de ſubſtantia legis, ſed
erit potius quoddam accidens, ſeu forma accidentalis, quare po-
ſtea dicetur lex ſcripta, ſicut & homo à forma accidentali quod,
appellatur muſicus.

Scriptura ẽ forma accidentalis

Conclude igitur, ſcripturam non eſſe de eſſẽtia, neq; legis neq;
conſuetudinis, ſed potius eſſe quandam accidentalem formã, quæ
præter ſubiecti corruptionem adeſſe & abeſſe & poteſt.

Nec obſtat. §. ſingulorum, probat enim id quod dictum eſt, ſi
enim leges cœperunt ſcribi, ergo anteaquam inceptę eſſent ſcri-
bi, ſine dubio erant ſi erant, igitur ſubſiſtebant, ſi ſubſiſtebant, ha-
bebant ſubſtantiam & eſſentiam, & ita poſtquam habuerunt ſub-
ſtantiam ſeu eſſentiam, cœperunt ſcribi quamobrem ſcriptura nõ
eſt forma eſſentialis, ſed potius quædam accidẽtalis, ut ſupra ſo-

ptum est.

Rursus quæritur, quare dicatur pupillaris. Responde pupillarem substitutionem dici, eo quod fiat pupillo. Nam moribus cõstitutum est, ut pater filio impuberi testamentum faciat, quod testamentum, est illa substitutio, per quam ipsi pupillo succeditur, à quo appellata est pupillaris. Insti. eo. tit. in prin. pupillaris substitutio quare dicatur

Sed hic dubitatur, quo nam modo tale testamentũ ualet, quippe cum ex alieno arbitrio pendere uideatur, & sic est captatoria .l. captatoria. ff. de hæred. insti. captatoriam enim substitutionem senatus improbauit eadem. l. Respondeo, pupillarem substitutionem non esse captatoriam, illa enim captatoria est, quæ alieno permissa est arbitrio, ut puta, si Titius uolens facere testamentum dicat instituo eum hæredem, quem Sempronius suo arbitrio elegerit, & ita testamentum Titij ex arbitrio Sempronij, pendet, & ob id, non ualet. l. illa institutio. ff. de hæred. insti. ratio, quia testamentum titij per se non esset firmnm, cum in eo ad huc non sit nominatus hæres, testamentum enim ex hæredis nominatione, robur capit. §. ante hæredis institutionem. Insti. de leg. Captatoria institutio quæ

Pendet itaq; ex arbitrio alieno, ut perficiatur, ius autem testamenti per se firmum esse oportet. d. l. illa institutio. In casu proposito, una pars testamenti fieret à Titio, altera à Sempronio. & sic forma testamenti diuideretur, quæ est indiuisibilis, sed testamentum pupillare per se ipsum est firmum, totum enim fit á patre lege permittente, quamobrem pendere non dicitur, non enim una pars fit à pupillo, altera uero à patre, quo casu non ualeret. d. l. illa institutio. Forma est īdiuisibilis

Præterea dici potest huiusmodi testamentum non pendere ex alieno arbitrio, cum pater, & filius etiam natura ipsa, una et eadem persona esse intelligãtur. l. fi. C. de impub & al. sub. & Aristo. v. Ethic. Testamentum igitur factum à patre, intelligitur factum à filio, cum uox patris, sit tanquam uox filij. §. ei uerò. Insti. de inutil. stipul. Quamobrem non potest dici captatoria uoluntas.

CLVIII. Declaratio quomodo testamenti patris & filii possit dici unum & duo.

ILlud etiam quæri potest an testamentum patris & filij sit unũ, uel duo, Imperator in. §. igitur insti. de pupil. sub. modo dicit esse unum, modo duo.

In omni re quatuor causas.

Tu uerò ut clare intelligas, considera in omni re composita, quatuor requiri causas uidelicet efficientem, materialem, formalẽ, finalemq́ue.

Efficiens est quæ principium motus præstat, ut aliquid fiat.

Materialis est, quæ subiecta, rerum formas suscipit.

Forma est cuiuslibet rei species, hæc est quæ dat esse rei .l. Iulianus. ff. ad exhiben.

Causa finalis que

Finis uerò id est cuius gratia aliquid fit, exempli causa in domo facienda efficiens, est domificator, materia calx, arena trabes, & alia. Forma est, apta partium compositio, seu unio, ut puta parietis, tecti soliq́ue concinna compositio. Finis autem est habitatio.

Quatuor ca... e in testamento

Ita in testamento, efficiens est ipse testator: Materia est hæreditas, seu bona, de quibus ipse testator disponit. forma est solemnitas, seu ipsius testamenti compositio; Finis est, ut testanti aliquis fiat hæres.

Si igitur ad causam efficientem respicies, dicito unum esse testamentum patris & filij, cum una sit causa efficiens, qui est ipse testator idest ipse pater. Si uero ad formam, itidem erit unum, cũ una patris & filij testamenti sit forma: At si ad materiam respicies duo dicenda sunt testamenta quippe, cum duæ sint hæreditates, altera patris, altera filij. Si finem consideres, itidem erunt duo, cũ duo sint fines, per testamentum enim patris ipsimet patri, per pupilli testamentum ipsi pupillo succeditur, habes itaq́ue claram. d. §. igitur declarationem.

CLIX. Declaratio quæ sit forma testamentorum & an numerus septem testium sit de forma.

RVrsus hic obiter queri potest, quæ sit forma testamẽti, respondeo, nõ esse ignorandum, id esse formam cuiusq; rei, quo remoto, res ipsa prope interit, anima enim est forma hominis, qua remota, homo omnino interit.l. Iulianus.§. si quis.ff.ad exhiben. Quamobrem multi dicunt numerum testium esse formam testamenti, propterea q; si unus ex septem testibus desit, testamentum iure deficit.l. si unus.C. de testa.

Sunt qui dicant, hæredis institutionem esse formam testamenti cum sit caput & fundamentum totius testamenti.§. ante hæredis institutionem insti. de leg. Nonnulli aiunt, uoluntatem testatoris esse ipsam formam cum testamentum sit iusta sentẽtia, nostræ uoluntatis.l.i.ff.de testa. Alij subscriptiones testium, uel signa testamenti formam esse uolunt insti. de testa.

Tu uerò dicas, nullum horum per se, esse formam ipsius testamenti, sed alia prorsus est forma, & ut facile intelligatur, quæ ea sit, scito testamentum esse totum quoddam integratum, supradicta omnia esse partes, ex quibus ipsum integratur, totum autem integrale in re composita est ueluti forma, unit enim & continet suas partes, cuiusq; enim rei compositæ, non naturalis, forma est ipsa compositio, & ordo ipsaq; partium unio. Aristo.ij.Phy.

Item forma unius cuiusq; compositi ex suis partibus constat.l. cum qui ædes.ff. de usucap. Partes autem sunt uti materia, ex illis enim componitur ipsum totum, ipsæ autem partes uniuntur, & continentur sub forma totius. Totum igitur inest suis partibus, ut forma, partes uero subsunt toti, ut materia, quamobrem, totum non differt re ipsa, à suis partibus simul acceptis, differt tamen ratione, quia alia est diffinitio totius, alia partium. Distinguitur etiam totum à qualibet parte separatim accepta, differt enim Titius à manu eius eo quod Titius non solum includit manum, sed alias partes, quæ à manu, re ipsa distinguũtur.

Forma cõpositi constat ex suis partibus

Ita testamentum est quoddam totum integrum, institutio uero & testes, numerus testium, subscriptiones, signaq; sunt partes ex quibus ipsum totum perficitur, nam unio harum partium uno contextu facta, quid aliud est quam ipsum totum, quæ est ue

Testamentum e totum integratum ex suis partibus testamenti pates que

luti forma, nulla igitur pars per se est forma, sed illa unio, seu partium coiunctio uerè est forma, quæ facit ut sit testamentũ, hoc est ipsum totum, nisi enim eæ partes simul starent, testamentum non subsisteret. & si una deesset, testamentum utiq; deficeret.

Quemadmodum enim si non esset paries, non esset domus, ita si non adest numerus testium, non est testamentum. d. l. si unus. Item si non esset hæredis institutio, non esset testamentum, & sic de cæteris partibus.

Et quemadmodum si est domus, est paries, solum, & tectum, ita si est testamentum, adest numerus testium, hæredis institutio, signa, aliæq; partes, ualet enim argumẽtum à toto ad partes constructiuè, destructiuè uero minime. non enim sequitur, non est domus, ergo non est paries, potuit enim corruere tectum, stante pariete, & ita non erit domus, erit tamen paries, Itidem non sequitur non est testamentum, ergo non est hæredis institutio, poterunt. n. deficere testes, seu numerus testium, uel fortasse non erunt rogati, & ita non erit testamentum, & tamen potest esse hæredis institutio. tanquam una pars testamenti, sicut scriptum est de pariete. sed ipsa hæredis institutio sola, non est testamentum. Si igitur quæratur an numerus testium, sit forma testamenti, respondeo minime.

Numer⁹ testium nõ ẽ forma testamẽti sed essentia.

Rursus si quæratur, an sit de forma, rursus respondeo minimè, partes enim totius, sunt loco materiæ, ut diximus. At si quæratur utrum numerus testium sit de essentia, siue de substantia testamenti, respondeo essentiam, seu substantiam cuiusq; rei compositæ, consistere ex materia & forma. Quamobrem numerus testium, quæ est pars totius, hoc est testamenti, cum sit ueluti materia, meritò dicitur de substantia, & essentia testamenti, non autem dicitur forma, neq; de forma testamenti.

Dictum est supra numerum testium, esse partem integralem testamenti, si ita esset, ubi numerus septem testium deesset, ibi non esset testamentum. Quemadmodum ubi non est paries, non est domus, & tamen reperitur testamentum militare, ubi non est numerus septem testium, est tamen uere testamentum. l. milites. C. de testa. mili. l. Lutius. ff. eod.

Dicas numerum septem testium. non esse partem integralem cuiusq; testamenti, sed solum testamenti à pagano confecti, ut supra dictum est. Partes uerò testamenti militaris, sunt duo testes, & institutio hæredis, & ex his cõponitur totum integrale, quod est ipsum militis testamentum, & sola harum partium unio, seu

coniunctio, constituit ipsum totum intgrale, eo modo quo supra dictum est, de testamento pagani, qre patet aliud esse totũ testamenti pagani, aliud totum testamenti militis, & partes unius non sunt partes alterius. hæc obiter dicta sint.

Redeundum iam est ad pupillarem, quæ in duas partes diuidatur in expressam scilicet & tacitam.

pupillaris duplex

Rursus expressa subdiuidatur. nam alia est expressa, hoc est facta per eius formulam, hoc modo, si filius meus hæres erit, & moriatur anteq̃ in suam tutelam uenerit, hoc est antequam factus sit pubes, Caius Seius hæres esto, hæc sine controuersia, omnes & etiam matrem excludit. l. precibus. C. de imp. & ali. sub. facitq́ substitutum admitti.

Subst. pupillaris expressa i cõpendiosa

Alia est expressa, quæ sub compendiosa continetur, & hæc itidem matrem excludit, si matrem, ergo & alios d, l. precibus.

Pupillaris item tacita subdiuiditur, nam alia est tacita, hoc est non facta, per eius formulam, sed uerbis quibusdam generalibus à testatore concipitur, ut ea quæ continetur in compendiosa, & hoc modo potest dici expressa & tacita, ut supra diximus de uulgari, & ibi uideto. hæc autem licet quodammodo appelletur tacita, excludit tamen matrem. d. l. precibus.

Subst. pupil. õnino tacita

Alia est õnino tacita, q̃ nullo modo à testatore fit, & in ea q̃ à lege, facta à testatore uulgari expressa subintelligitur. l. nam hoc iure. ff. de uulg & pupil. hanc Doctores appellant omnino tacitam, ob hanc asseruntq́ matrem non excludi, ex quibus hæc maxima sumi potest.

Pupillaris omnino tacita matrem non excludit.

Duriuscula est hæc conclusio, immo falsa, quoniam eadem est uirtus taciti & expressi. l. cum quid. ff. si cert. petat. Nulla præterea lex huic cõclusioni est adiumẽto, nisi. d. l. precibus, ut ipsi existimant, fatentur tamen ingenue nulla alia lege id probari: lex autem precibus ex eorum sententia ita probat.

Subst. pupil. õnino tacita matrẽ nõ excludit sec un. dum doctores

Dicit enim ibi Imperator, si filius primo casu habuit substitutum, hoc est si pater uulgariter filio substituit, quo facto sub ea uulgari tacita pupillaris continetur. l. nam hoc iure. ff. de uulg. & pupil. si filius patri hæres extitit, & sic expirauit uulgaris. l. post aditam. C. de impub. & al. sub. filio deinde defuncto, non est incerti iuris, inquit Imperator, ò mater, quin ad te omnimodo eius pertineat successio. & ita satis constat, inquiunt ipsi, huiusmodi pupillarem non excludere matrem, si enim excluderet, non pertineret ad eam filij successio, sed ad substitutum, hæc ex

sententia Doc.

Nunc uidendum est an.d.l.probet communem opinionem, si enim ea lex non probat, alibi non probatur, ut & ipsimet fatentur, sunt qui tentant illam legem euitare, dicentes, ibi non contineri tacitam pupillarem propter dictionem tantum, sed hoc a quibusdam bene refutatur, dicunt enim dictionem illam taxatiuam, non fuisse à testatore expressam, sed ab Imperatore appositam, ad differentiam secundi casus. Dicit enim primo casu tantum habuit substitutum, postea inquit, si in secundum casum, &c. Alii dicunt pupillum decessisse puberem, & ita pubertate, finita sit pupillaris.l.in pupillari.ff.de uulg & pupil.sed hoc nihil ualet, non enim sequitur mortuus est, ergo pubes .l. neque natales .C.de proba. Quamobrem uidendum est, si aliter lex illa intelligi possit.

C L X. Declaratio.§.nam non est incerti iuris .l. precibus .C.de impub.& al.sub.

Substitutio pupillaris omnino tacita non cōcipitur a testatore

SCIENDVM est itaque pupillarem, de qua agitur nullo modo concipi à testatore, sed intelligentia curaque legis inesse, facta enim a testatore uulgari, pupillaris a lege subintelligitur, .l.nam hoc iure.ff.de uulg & pupill. Ibi in utrumque casum substituisse intelligatur: Cura igitur & diligentia legis, est causa efficiens pupillaris subintellectæ, non autem testator.

Hoc præposito hæc colligatur conclusio, hoc est ubi diligentia & cura legis, non operatur, ibi non est pupillaris tacita, cessante enim causa efficiente in fieri, cessat effectus, Vt puta cessante ædificante, cessat ædificatio: sed causa efficiens huiusmodi substitutionis tacitæ seu subintellectæ, est legis diligentia .d.l. nam hoc iure, ut dictum est. Vbicunque igitur diligentia legis nō operatur, ibi non est ea substitutio, ut in maiori dicitur.

Lex ī testamento militis nihil subintelligit.

Item non est ignorandum in testamento militis nihil a diligentia & cura legis introduci, nihilque intelligi, sed nuda militis uoluntas in eo seruatur.l.i.ff.de milit.testa. id quod confirmatur, eo quod ius accrescendi est quædam tacita substitutio.l.si Titio & Seio.§.Iulianus.& Iason.in.l.nec is.§.hæres.ff.de acquir. hæred.nu. 22.quod quidem a lege ideo inductum est, ne quis testatus & intestatus decedat.l.unica.C.de cad.toll.§.in ijs.Cum igitur a prouisione legis, ius accrescendi inducatur, merito in testamento militis

litis ei locus non est.l.si duobus de mili.testa.ff.

Præterea miles,potest directo substituere alicui, postquam hę res extiterit .l. miles etiam .C.de mil.testa. hæc autem substitutio appellatur directa militaris. Sed si miles instituta filia, & eius fratre,eos inuicem substituerit post aditam hæreditatem, ea directa militaris non habet locum,nisi expresse id miles ita senserit.l. in testamento.C.de mil. testa. si igitur miles non senserit, diligentia,curaq; legis eam non inducit, nec subintelligit, ex his, hæc firmetur conclusio uidelicet.

In testamento militis, diligentia, curaq; legis nihil inducit, nihilq; subintelligit. Ducatur itaq; argumentum hoc modo.

Vbi diligentia,& cura legis non operatur,ibi nō est tacita pupillaris,hæc enim à diligentia legis inducitur.d.l.nam hoc iure .ff. de uulg. & pupil. sed in testamento militis cura & diligentia legis non operatur .d.l.i.de mil.testa.in testamento igitur militis non est pupillaris tacita. At in .l. precibus, testamentum fuit factum à milite,ut in ea patet,igitur pupillaris, ea non continetur & ob id matrem non excludit, si .n.non continetur, quo pacto potest excludere. Legis diligētia & cura ubi non operat ibi nō est taci ta pupillaris

Ex his constat .d l.precibus non obstare quominus conclusio ista non sit uera,uidelicet pupillaris a lege intellecta, excludit ēt matrem,non tamen cohæredem.

Non obstat id quod dicit Ias. dum ait si in.l.precibus nō cōtinetur pupillaris sub uulgari, Imperator non enumerasset omnes substitutiones,& tamen Imperator ibi,respondens mulieri, uult omnes substitutiones exprimere, ne scilicet mulier ambigeret,quid iuris esset in substitutione ab Imperatore non enumerata: Ad hæc dicito, Imperatorem enumerasse omnes substitutiones,quæ poterant testamento militis contineri, sed pupillaris omnino tacita in testamento militis non continetur,ut supra scriptum est.Merito nulla eius mentio ab Imperatore facta est.Concludo igitur pupillarem omnino tacitam seu subintellectam excludere matrem,& ex supradictis,collige has conclusiones,

Pupillaris tacita introducitur à cura & diligentia legis.

In testamento militis cura & diligentia legis nihil inducit.

In.l.precibus non cōtinetur pupillaris omnino tacita,in uers. non est incerti iuris, Item pupillaris etiam omnino tacita,excludit matrem non tamen cohæredem. In.l.precibus uers. non est incerti iuris nō cōtinet pupillaris

Ccc

C LXI. Declaratio, diffinitionis compendiosæ, & quot tempora contineat.

substitutio cōpēdiosa quid

IAM de compendiosa dicendum est. Quæritur itaq; quid sit substitutio compendiosa. Respondent doctores compendiosam esse substitutionem, quæ sub conditione mortis, uel alia continet plures substitutiones, pluraq; tempora. Videndum est an sit bona huiusmodi diffinitio illa enim est bona, quæ ex genere, & differentijs constat, & ut bene quid diffinias, ex ueterum præceptis ita facito, sumas aliquid quod sit ei, rei quam diffinire uoles cum alijs commune, & eo usq; prosequare, dum id quod commune erat, proprium efficiatur, quodq; nullam in aliā rem transferri possit, ut hoc modo: Homo est animal, animal est commune homini cum alijs, ad huc igitur est commune, multa enim sunt genera animalium, adde rationale, & non dum erit diffinitio, quia hoc commune est homini cum angelis, adde unum uerbū, mortale, iam à communiōe illud animal disiunctum uidetur, factumq; proprium. Erit itaq; explicata diffinitio hæc, Homo est animal rationale mortale.

Diffinitio bona quomodo fit

Videamus an compendiosa rectè diffinita sit: Compendiosa est id quod diffinitur, substitutio uero, est illud commune, est. n. commune compendiosæ, cum alijs substitutionibus, & sic est genus. Dicitur deinceps, quæ sub conditione, ut differat à fideicōmissaria, quæ potest fieri purè, §. in primis. Insti. de fideicom. hær. additur uerbum mortis, ut differat à uulgari, quæ fit sub conditione, nulla facta mortis mentione, ut puta, si filius hæres non erit. l. i. ff. de uulg. & pupil. Sequitur deinde, continet plures substitutiones, ut differat à pupillari, quæ fit sub conditione mortis, ut insti. in prin. de pupil. non tamen plures substitutiones, & plura tempora continet, licet enim pupillaris expressa contineat unā scilicet uulgarem, ut aiunt. l. nam hoc iure. ff. de uulg. & pupil. Differt tamen à compendiosa, quæ continet plures substitutiones ut dictum est.

Vel dicas pupillarem expressam non continere uulgarem, immo illa uulgaris subintelligitur à lege, & est æque princeps, & ita est explicata diffinitio compendiosæ, & hoc modo bene fit diffinitio ut ait Cicero in Topicis.

Dum dicitur in diffinitione uel alia, ostenditur compēdiosam

ſub alia conditione quam mortis fieri poſſe, veluti inſtituo fi-
lium meum puberem hæredem, & quandocunque factus fuerit cõ-
ſul, ſubſtituo Titium, erit hæc compendioſa. Continet enim uul-
garem & fideicommiſſariam, continet etiam plura tempora: hoc
eſt tempus uulgaris, & tempus fideicommiſſariæ, utraque enim illa
rum habet ſuum tempus, ut infra demonſtrabitur. Si igitur fi-
lius hæres non erit, & conſul factus fuerit locus erit uulgari, ſi ue
ro fuerit hæres cum effectu, expirat uulgaris. l. poſt aditam. C. de
impub. & al. ſub. ſi poſtea fuerit effectus conſul, habebit locum
fideicommiſſaria: fit igitur integra compendioſa, hoc modo.

Filius meus hæres eſto, & ſi ſine liberis uita deceſſerit, ſubſti-
tuo Titium, uel Titius ſit hæres, hæc enim continet plures ſubſti-
tutiones, pluraque tempora. plures inquam ſubſtitutiones, hoc ẽ
pupillarem, uulgarem atque fideicommiſſariam. l. precibus. C. de
impub. & al. ſub. uerſ. ſi uerò ubi clarè patet compendioſam cõ
tinere pupillarem, & etiam uulgarem, in uerſ. & ſi adierit, ſi bene
uerba conſiderentur utraque enim conditio extitit, hoc eſt ea quæ
neceſſario ineſt uulgari, id eſt ſi hæres non erit, & altera adiecta à
teſtatore, hoc eſt ſi moriatur ſine filijs, plura tempora, hoc eſt tot
tempora, quot ſunt ſubſtitutiones, una quæque enim ſubſtitutio,
ſuum habebit tempus. Forma ſubſtitutionis cõpẽdioſe.

Tempus enim uulgaris durat à morte teſtatoris, uſque ad aditã
hæreditatem, ſi interim inſtitutus hæres non erit, & ſine filijs mo-
rietur, ſubſtitutioni uulgari locus erit, totum igitur id temporis
uulgaris uiuit. adita uerò hæreditate, uulgaris cum ſuo tempore
expirat. l. poſt aditam. C. de impub. & al. ſub. ſubſtitutionis pupillaris tẽpus

Tempus uero pupillaris a morte teſtatoris ad pubertatem uſque
porrigitur, ſi interim filius in poteſtate diem ſuum obierit ſine li
beris, erit locus pupillari, utraque enim conditio impleta eſt, ea ſci
licet, quæ inſita eſt pupillari, ſcilicet ut filius moriatur impubes,
& ea quæ expreſſa eſt a teſtatore, hoc eſt, ſi moriatur ſine liberis,
utraque igitur exiſtente, eſt locus diſpoſitioni. §. ſi plures. Inſti. de
hæred. inſti. Adueniente igitur pubertate, ea cum ſuo tempore
finitur. l. in pupillari. ff. de uulg. & pupil.

At tempus fideicommiſſariæ, poſt aditam hæreditatem, et poſt
pubertatem incipit, & extenditur uſque ad mortem pupilli filij,
tunc ſi conditio extiterit, hoc eſt ſi filius ſine liberis morietur, erit
fideicommiſſariæ locus ſin ſecus ipſa interibit, deficiente enim cõ
ditione diſpoſitio euaneſcit. l. neceſſario. ff de pericul. & com-
mod. rei uend. §. ſin autem. C. de cadu. tollen. Sub. fi'cis cõ. tempus

Et hoc modo nulla erit compendiosa, quæ cõtineat plures substitutiones, quin & plura tempora contineat: Quamobrem si ea fiat filio puberi, plures substitutiones, hoc est uulgarem, & fideicommissariam complectetur, itidem & plura tempora, hoc est tempus uulgaris, & tempus fideicommissariæ, ut supra demonstratum est. Sed ex doc. sententia eiusmodi substitutio, non cõtinet plura tempora, ipsi enim intelligunt, unum tempus, uidelicet, intra pubertatem, alteram post pubertatem.

Tu autem dicas huiusmodi substitutionem maiori factam, cõtinere plura tempora, hoc est tempus uulgaris, tempusque fideicõmissariæ, ut supra scriptum est.

Sub. compendiosa non reperitur que nõ contineat plura tempora & plures sub.

Dicas itaque nullam reperiri compendiosam quæ plures substitutiones, pluraque tempora non complectatur, quamobrem si fiat substitutio filio puberi, per uerba mere obliqua, hoc modo, si filius meus moriatur sine filijs bona mea Titio restituatur, quo casu sola continetur fideicommissaria, improprie seu æquiuoce dicetur compendiosa, sicut impropriè dicitur grex, si unam tantum ouem ab initio continet dicitur enim compendiosa ob uerborum formulam, adest enim figura, nomenque compendiosæ, diffinitio uerò abest, & sic æquiuoce ea appellatur compendiosa: Quemadmodum pes abscissus dicitur pes ob membri figuram, diffinitio uero pedis, ei non competit, pes enim est organum aptum ad ambulandum.

CLXII. Declaratio quod substitutio compendiosa est species ab aliis distincta.

Sub cõpen. an sit species per se

RVRSVS quæritur an substitutio compendiosa sit species per se. Bar. & quidam alij asserunt, eam a pagano conceptam, speciem per se nequaquam esse. Moti fortasse, eò quod si filius, cui facta est compendiosa a pagano, sine liberis decesserit, & hæres nõ extiterit, uulgari in ea contẽtæ locus erit, at si nõ extiterit hæres, & diem suum obierit, superstitibus filijs, uulgaris nulla erit, cum non extiterit conditio a testatore apposita. deficiente enim conditione deficit dispositio. l. necessario. ff. de pericl. & comm. rei uend.

Itidem dicendum est de pupillari. Cæterum si hæres non extiterit, & moriatur impubes, etiam sine liberis, erit locus pupillari, & si extiterit hæres, & factus est pubes, decesseritque sine liber-

ris, si deicommissariæ in ea contentæ locus dabitur. Nil igitur inquiunt est aliud compendiosa quam uulgaris, pupillaris & fideicommissaria in ea contentæ. Non est igitur noua species, sed noua quædam adiectio eas simul colligens. hæc illi.

Tu uerò dicas, compendiosam esse speciem substitutionis per se: Quemadmodum enim domus uti totum quoddam continet parietem, tectum & solum, uti eius partes. Et re ipsa nil aliud est domus, quam d ctę partes simul iunctæ, tamen ratione hoc est diffinitione & essentia, differt domus a pariete, tecto, soloq; separatim acceptis. Propterea q domus est quædam unio, seu cõiunctio dictarum partium, & inest ipsis partibus, ueluti forma. In artificialibus enim compositio, ordo & figura, est forma. Aristo. ij. Phys. sanctus Thomas in opusculo de occultis naturæ, ait, quod ex partibus constat, totum forma est, & in materia, hoc est in partibus ipsis, ex quibus constituta est consistit. Item sicut mulsum componitur ex melle & uino, & nil aliud re ipsa est, quam mel & uinum simul iuncta, tamen est noua & diuersa species a uino & melle per se sumpto. §. cum ex aliena. Insti. de rer. diuis. & c. Sub. cõpē. facta a pagano erit species per se

Ita in casu nostro, quamuis compendiosa re ipsa nil aliud sit q̃ uulgaris pupilllaris, fideicommissaria in ea contentæ, tamen ratione a qualibet ipsarum differt. Compendiosa enim ueluti totũ quoddam colligens, continensq; illas, uti eius partes, inest illis ueluti forma. Quamobrem differt compendiosa a uulgari sub ea contenta, Compendiosa continet uulgarem pupillarem, ac fideicommissariam. Vulgaris uero nec fideicommissariam, nec pupillarem expressam uti est in compendiosa complectitur, differt etiam eo modo a pupillari & fideicommissaria. Est igitur noua forma, & consequenter noua species. Quemadmodum igitur domus est diuersa species, ab eius partibus, ita & compendiosa, nõ tamen differt re ipsa compendiosa a uulgari, pupillari, fideicommissariaue coniunctim acceptis, ut dictum est de domo.

Erit igitur compendiosa totum quoddam. sed quæritur an dici possit totum generale, an integrale, an collectiuum. Responde, totum generale minime dici posse, si quidem nomen, & diffinitio generis cuilibet eius parti sine dubio inest. Homo enim uerè dicitur animal, eiq; competit diffinitio animalis, nam homo est etiam corpus animatum sensibile: quæ est sui generis, hoc est animalis diffinitio: at nomen & diffinitio compendiosæ: nulli eius parti competit, non enim uulgaris potest dici compendiosa: li-

cet sub ea contineatur: nec ei competit illius diffinitio, si quidem uulgaris non est substitutio: quæ plures substitutiones æquè principes: pluraq; tempora contineat quemadmodum compendiosa.

Rursus nec totum integratum dici potest, propterea q si a toto integrato partem dempseris, ipsum totum nequaquam remanet: domus enim est quoddam totum integrale .l. eum qui ædes .ff. de usucapio. a qua si partem demas, amplius domus non erit. At si a compendiosa, hæreditatis aditione tollatur uulgaris, nihilominus remanet ipsa compendiosa continens pupillarem & fideicommissariam .l. precibus . C . de impub. & ali. sub. ibi si adierit.

Sub. cōpēdiosa est quoddam totum collectiuum

Restat igitur ut sit totum quoddam collectiuum, quod ex distantibus rebus constat, quæ uni nomini subiectæ sunt, ueluti populus, grex, uniuersitas. l. rerum mixtura. ff. de usucapio Quemadmodum enim decem oues faciunt gregem. l. oues . ff. de abig. Et tres homines uniuersitatem. l. Neratius ff. de uerb. sig. Et tamē si moriantur nouem oues, seu duo homines, adhuc nomen gregis & uniuersitatis consistit .l. sicut .§. fi. ff. quod cuiusq; uni. & ibi not.

Ita plures substitutiones faciunt compendiosam, quæ si ad unam recidat, utputa si uulgaris aditione hæreditatis, pupillaris uerò pubertate finiatur, remanente sola fideicommissaria, adhuc tamen nomen compendiosæ stabit. arg. d. §. fi.

Conclude igitur ex supradictis compendiosam etiam factam à pagano esse speciem per se, & esse quoddam nomen collectiuū quod ex pluribus substitutionibus constat, è quibus si una solū modo remaneat, stabit cum ea nomen compendiosæ, sicut dictū est de uniuersitate.

In ōni cōpēdiosa cōtinetur fidei cōmissum

Item quæri solet, si fiat compendiosa filio impuberi, hoc modo, si filius meus sine liberis decesserit Titius hæres esto, an in ea contineatur fideicommissaria substitutio, communis doctorum sententia est, fideicommissariam ea non contineri: propterea q uerbum hæres, est uerbum omnino directum, minimeq; obliquari potest, ut ipsi aiunt, in. l. uerbis ciuilibus. ff. de uulg. & pupill. & in, l. centurio, ff. eod.

CLXIII. Declaratio, ꝙ uerbum hæres per se est uerbum commune.

TV uero dicas in omni compendiosa quibuscunq; uerbis concepta fideicommissariam contineri. Heres ē uerbum commune

Nec obstat, si fiat per uerbum hæres, hæres enim ut alibi diximus, est uerbum commune, id quod ita demonstratur, uerbū hoc hæres idem est quod dominus. §. item extraneus. Inst, de hęred. qual. & diff. & l. his uerbis & ibi glos. ff. de hæred. inst.

Sunt igitur hæres, & dominus synonyma, sicut ensis & gladius, & quicquid dicitur de uno de altero dicendum est. Quemadmodum igitur dominus ueluti genus, in duas species diuiditur, hoc est in dominum directum, & dominum utilē seu obliquum. l. 1. §. qui perpetuum. ff. si ager uectig. petat. & ibi not. Heres & dominꝰ sinonyma

Ita hęres est uti genus quoddam, cui adiuncta hac appellatione directus, restringitur, & fit una species, hoc est hæres directus. sicut animal est genus, cui adiuncta hac appellatione rationali, contrahitur & fit una species, hoc est animal rationale, necessarium igitur est, ut sit altera species hoc est animal irrationale. Herès sumitur ut genꝰ quēadmodum & dominꝰ

Si igitur hæres directus est una species, ergo alicuius generis species est. Erit itaq; species, huius appellationis hæres uti genus sumptę, si igitur hæres sumat ut genus necessario erūt saltē duæ eius species: genus. n. est quod ꝑdicat de pluribus differentibus specie in eo quod quid est. Erunt igitur hæredis species duæ, hoc hęres directus, & hæres obliquus, hoc est fideicommissarius.

Item quemadmodum animal simpliciter sumptum, supponitur pro omnibus eius speciebus, hoc est tam pro rationali, q̄ pro irrationali, & ut forte eueniat, ita capietur, ueluti si quispiam dixerit, animal currit, si animal rationale curret, uera est propositio, & pro eo supponet, at si rationale non curret, currat tamen irrationale, necessario ꝓ eo supponet, ꝙ si rationale & irrationale simul currant ꝓ utroq; supponet. Heres ut genꝰ supponit primo directo & utile

Ita hoc nomen hæres simpliciter sumptum, hoc est sine adiuncto, supponit pro omnibus eius speciebus, hoc est pro hærede directo & obliquo scilicet fideicommissario.

Quando igit̄ potest capi ꝓ directo, ꝓ eo capiet̄, & si ꝓ utroq; capi poterit ꝓ utroq; capiēdū est. sin autē ꝓ directo capi nō poterit, ꝓ obliq̄ necessario capiēdū est. Vt puta si quis dixerit ui

deo animal quadrupes, quo casu cum animal non possit capi pro rationali capietur pro irrationali.

Ita si quispiam dixerit, si filius meus morietur sine liberis, Titius hæres esto, si filius hæres non erit, uel si hæres erit, & morietur impubes, illud nomen hæres, esto ueluti genus capietur pro hærede directo, & sic pro una specie capi debet. At si filius hæres extiterit, pubesque sine liberis decesserit, tunc capietur pro altera specie, hoc est pro hærede obliquo, idest fideicommissario.

Non obstat igitur illud uerbum hæres, quo minus fideicommissaria substitutio huiusmodi compendiosa, ut supra concepta cõtineat. Præterea hæres, & hæreditas sunt coniugata. cõiugata aũt dicũtur, quæ sunt ex uerbis eiusdẽ generis, hoc est, quæ orta ab uno uerbo uarie commutãtur, ut sapiens & sapientia, liberalis liberalitas, iustitia, & iustus, fęlicitas & fęlix itidem hæreditas & hæres.

Fiet igitur maxima hæc coniugatorum, in eo quod coniugata sunt, una & eadem est natura, ducatur nunc argumentum hoc modo, si sapientia uersatur circa diuina, ergo & sapiens circa diuina uersatur, si liberalitas maximopere amatur, ergo & liberalis maximopere amatur, si iustitia à Deo diligitur, ergo & iustus a Deo diligitur, si reperitur fœlicitas politica, reperitur & fœlix politicus, pari ratione, si reperietur hæreditas fideicommissaria, & hæres fideicommissarius sine dubio reperitur. Valet enim argumentum à coniugatis, ut asserit Cicero in Topicis. Sed hæreditas fideicommissaria sine controuersia reperitur. Insti. de fideicom. hæred. efficitur, ut etiam hæres fideicommissarius reperiatur, quæ est una hæredis species.

Coniugatorum in eo quod coniugata sunt una & eadem natura

Ex supradictis clarè constat, hoc uerbũ hæres simpliciter sumptum, non esse ita directum, quemadmodum doctores aiunt. immo est uerbum commune, nullum enim uerbum per se, ut alibi diximus, est directum: Verbum autem commune, est illud quo significatur, ut quis manu sua capiat, uel alterius, ita Bar. in. l. centurio in per ul. col. Hoc idem operatur uerbum hæres, ut ex supradictis manifeste apparet.

Hæres uerbum per se sumptum ẽ commune.

Quod autem hęres sit uerbum commune, demonstrabitur argumento, cui respondeat si quispiam potest: Ducatur itaque a partione argumentum quod quidem ualidissimum est, hoc modo.

Aut hæc appellatio hæres, est indiuiduum, aut species, aut genus, aliud enim esse non potest, si indiuiduum, igitur sub aliqua

specie

ſpecie continetur, ut inquit Porphyrius oſtēdatur ea ſpecies, quę dicitur hęres ſi eſt ſpecies, ſub aliquo genere continetur, & ſic alicuius generis eſt ſpecies, oſtendatur igitur genus, illud quod appellatur hæres.

Si dices eſſe genus, teneo te, hoc enim uolebam ut fatereris, genus enim ſine dubio prædicatur de pluribus ſpeciebus, erunt igitur plures hæredis ſpecies, ſi plures ergo differentia aliqua inter ſe diſtant, differentia enim eſt qua ſingula differunt, differentia.n. adiuncta generi conſtituit ſpeciem, ut rationale additum animali conſtituit unam ſpeciem, quæ eſt homo, irrationale uero additum animali, conſtituit alteram ſpeciem, utputa equum.

In propoſito itaq; noſtro, nulla alia differentia poteſt conſtitui ſpecies hæredis, niſi hac appellatione directus, & indirectus hoc eſt obliquus. Aſ ſi dicas hoc nomen hæres non eſſe neq; indiuiduum, neq; ſpeciem, neq; genus, falſo dices ſequeretur enim ut nihil eſſet, & tamen eſt aliquid, & quicquid eſt creatum, aliquid horum eſt ergo &c.

Sumatur itaq; hæres ut genus, id quod uel inuitum te oportet fateri, conſtituendæ ſunt igitur duæ ſaltem eius ſpecies, quæ hoc modo conſtituentur, addatur enim hæc differentia directus huic nomini hæredi uti generi, & conſtituetur una ſpecies, diceturq; hæres directus. Addatur item eidem generi, altera differentia, uidelicet indirectus, ſeu obliquus, & conſtituetur altera ſpecies, quę dicitur hæres indirectus, ſeu obliquus, hoc conceſſo, rurſus hoc concedas oportet, uidelicet, genus proprie dici, de qualibet eius ſpecie, ineſt enim cuilibet, & ſecundum nomen, & ſecundum eſſentiam quo ſit, ut quemadmodum homo proprie eſt animal, ita & equus, & muſca.

Pari ratione, quemadmodum hęres directus, quæ eſt una ſpecies, proprie dicitur hæres, ita & hæres indirectus, ſeu obliquus, quæ eſt altera ſpecies, uerè eſt hæres, concedendum eſt etiam genus omnes ſuas ſpecies, continere animal enim ſub ſe, rationale atq; irrationale animal ſaltem poteſtate complectitur. Quamobrem huiuſmodi hæredis appellationem uti genus quis neget continere ſuas ſpecies, ſi ita eſt & directum & obliquum hæredem continebit, quæ ut dictum eſt, ſunt eius ſpecies, ſi igitur eas continet ut uerè continet, erit uerbum commune, hæc enim ita ſequũtur, ut nullo modo uitari poſſint, ſi eſt uerbum commune, ſequitur ex communi Doc. ſententia compendioſam factam per uerbum hæres, quod ut dixi eſt uerbum commune, continere uulga-

Heres obliquus proprie dicit heres.

rem, pupillarem, & fideicommissariam, quemadmodum ea quæ fit per uerbum succedat, seu substituo, seu aliud uerbum commune, proculdubio ex communi doc. sententia uulgarẽ, pupillarem, & fideicommissariam complectitur, ut not. in. l. centurio & . l. precibus & ibi Bar. & . l. hæredes mei . §. cum ita . ff. ad Trebell.

Et si longiuscule in hoc demonstrando moratus sum, ne ægre feras rogo, est enim res ardua, & difficilis, ex hoc enim uerbo, si est ita directum, ut flecti non possit ut Doc. aiunt, multæ & ferè indissolubiles in hac materia controuersiæ nascuntur.

At si est commune, ut diximus, substitutionum materia quæ difficillima habetur plana et facilis uidebitur, reiecta tamen prius communi scribentium sententia, ad. l. uerbis ciuilibus. ff. de uulg. & pupil. sub. Quæ causa & origo fuit omnium in hac materia difficultatum, & re uera, si lex illa bene intelligatur, erit & ipsa clara, & omnes remouebuntur difficultates.

Non obstat igitur huic nouæ, & ueræ opinioni, lex uerbis ciuilibus, in qua communis opinio fundatur, illa enim huc usq; à Doctoribus quos uiderim, non est intellecta, nec ibi fuit facta cõpendiosa, ut inferius manifestè ostendetur.

Cæterum doc. communem eorum sententiam confirmant hoc modo, si fauore libertatis dispositio directa non obliquatur, ut ualeat iure fideicommissi. l. si seruus. §. si seruus alienus. ff. de leg. i. Multo minus substitutio directa, cui minus fauoris debetur, nõ obliquatur ut ualeat iure fideicommissi, à maiori enim ad minus tenet argumentum destructiue, siue negatiue ut Cicero in Topicis ait, & Aut. multo magis. C. de sacr. sanc. eccle. doctores nõnulli uarijs nituntur modis huiusmodi argumentum reijcere, sed corũ solutiones non nullis, & mihi uidentur fragiles.

CLXIIII. Declaratio . l. si seruus . §. si seruus alienus . ff. de leg. i.

PRO ueritate igitur dicas, id, de quo nunc tractatur ab eo quod in. d. §. si seruus alienus disponitur. multum distare, scire itaq; oportet, seruo alieno, libertatem inutiliter dari . l. si seruo. C. de manumis. testa. & ibi not.

Finge igitur hoc modo casum, quidam nomine fortasse Camillus, cupiens Titium seruum alienum, puta Sempronij, liberum fi-

eri,uolensq́ꝫ ei directo dare libertatem,testamento suo, ita cauit: Titius seu Titi liber esto, ita enim dabatur directo libertas, tot. tit. de manumiss.testa.ff. Talis enim libertas nullius est momenti cum data sit seruo alieno.d.§.si seruus alienus.

Potuisset tamen Camillus seruo alieno libertatem fideicommissariam dare ueluti si Camillus testator aliquid Sempronio domino serui reliquisset,quo facto potuisset rogare Semproniū eiusq́ꝫ fideicommittere,ut Titium seruum suum manumitteret, tot.tit.ff de fideicô.lib. & ita in.d.§.si seruus alienus potuisset libertas seruo alieno relinqui.

Quæritur igitur quamobrem si non potest ualere ut directa, non obliquatur ut ualeat uti fideicommissaria,cum substitutio directa obliquetur ut ualeat uti fideicommissaria, ut supra conclusum est.

Responde unam speciem non posse in aliam mutari,non enim equus potest in asinum mutari,non potest igitur directa libertatis datio,quæ est una species dandæ libertatis,in fideicommissariam,quæ est altera species conuerti,si igitur non ualet uti directa libertas à testatore data,nec uti fideicommissaria ualebit, cum in testamento ea data non sit ,nec sub directa continebatur,quemadmodum uulgaris simplex directa non continet fideicommissariā substitutionem,id quod nemo est qui neget. At in casu de quo nunc agitur,ideo post pubertatem,& aditam hæreditatem ualet fideicommissaria quia tractatur de compendiosa , quæ sine controuersia ,si facta est uerbis communibus uulgarem pupillarem, fideicommissariamq́ꝫ continet.uti doc. fatentur in.l. centurio.ff. de uulg . & pupil . Sed uerbum hæres , est uerbum commune ut supra demonstratum est,igitur &c. Quamobrem uulgaris seu pupillaris directa non mutatur in fideicommissariam , immo uulgaris hæreditatis aditione,pupillaris pubertate extinguitur.l. post aditam .C.de impub.& al. sub.l. in pupillari .ff.de uulg. & pupil. Cæterum ipsa fideicommissaria, quæ in compendiosa æque princeps continebatur,illis extinctis,locum habet, & si hoc modo intelligatur.d.§.si seruus alienus,ut uere intelligendus est,nihil obest.

Species una nō mutatur in aliam

Subst. directa nunquā mutat in obliquā.

Solet etiam quæri, an compendiosa facta per uerbum commune,puta si filius meus decesserit , sine liberis substituo Titium , uel Titius succedat , an inquam si filius decedat impubes,uiuente eius matre,habeat locum pupillaris directa,per quam substitutus pupillo, omnibus alijs exclusis,etiam matre,succedat,si uero

moriatur pubes, an fideicommissaria locum habeat, communis scribentium sententia est in. d. l. precib us quos ibi refert Ias. & d. l. centurio, infra pubertatem habere locum pupillarem, etiam matre uiuente, postea uero fideicommissariæ locus erit, & hoc in iudicando est tenendum, & ita uerum esse confirmo.

Dubitant tamen Doctores si post pubertatem ualet iure fideicommissi, huiusmodi fideicommissum à quo censeatur relictum à filio ne, an ab eius hærede, distinguunt hoc modo, aut pater expressé rogauit filium, & sine controuersia ab ipso filio relictum uidetur, aut expressè rogauit filij hæredem, & ab eo censetur relictum, aut non apparet, puta quia simpliciter testator fideicommissum post mortem filij reliquerit, hoc modo, si filius meus morietur sine liberis succedat Titius, uel bona mea perueniant ad Titium, & tunc fideicommissum ab hærede censetur relictum, ab hærede inquam ipsius filij secundum doc.

Huius quęstionis inuestigationem aiunt, magni ponderis esse, nam si est relictum ab ipso filio, mortuo patre, statim ipso iure separatur legitima à cæteris bonis patris, & inter proprias filij facultates connumeratur, ab illa enim omnis dilatio, omneque grauamen remouetur, l. quoniam in prioribus. C. de inoffi. testa. Detrahitur etiam Trebellianica, quæ non solum à filio, ut hærede sed, à quouis hærede restituente detrahi potest. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupil. & C. Raynaldus. §. dilectus filius de testa. Possunt enim hæ duæ quartæ detrahi à filio, quando ipse filius grauatus est sub conditione, ut in casu de quo nunc agitur, hoc ferè omnes doc. firmant in. d. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupil. Si uerò est relictum à filij hærede, tunc fideicommisso etiam legitima continetur. l. si fundum per fideicõmissum. §. sicuti cum. l. sequen. ff. de leg. i. deducitur tamen Trebellianica quæ ab uno quoque hærede grauato, detrahi potest, ut dictum est, & hęc ex doc.

Due quarte quando possunt detrahi

CLXV. Declaratio uulg. & pupil. fideicom.

Fideicom: uulgare ut species & eius effect'

CAETERUM ne tu decipiare, dicas fideicommissum sicuti genus, cuius duæ sunt species, uulgare scilicet & pupillare. Fideicommissum uulgare est per quod obliquè succeditur testatori, sicuti direćte per uulgarem substitutionem. d. §. cum filię

& Inst. de pupil. sub. in prin. Hoc autem uulgari fideicommisso propriæ filij facultates non continentur. d. §. cum filiæ, uers. neque fideicommisso, & consequenter nec legitima, hæc enim post mortem patris inter proprias filii facultates connumeranda est, cum ipso iure statim à bonis patris separetur, omni grauamine omnique dilatione reiecta. d. l. quoniã in prioribus. Separandæ sunt igitur ab huiusmodi uulgari fideicommisso, propriæ filii facultates, quas aliunde q̃ á patre acquisiuerit.

Deinde ex bonis, patris deducatur legitima ipsi filio iure naturæ debita. l. cum ratio. ff. de bon. dam. & l. fi. C. de codic. deinceps detrahatur trebellianica, quæ á quouis hærede detrahitur. Inst. de fideic. hæred. §. sed quia & d. c. Raynaldus, hę cum aliis filij facultatibus, si quæ sunt, hæredibus ipsius filij dandæ sunt, eis scilicet qui ab intestato ei succedunt, uel eis, quos ipse filius instituerit, reliquum uerò fideicommissario dandum est.

Fideicommissum uero pupillare est per quod oblique succeditur ipsi filio, quemadmodum directò per pupillarem. d. l. si fundum per fideicommissum. §. sicuti. ff. de leg. i. Hoc autem fideicommisso continentur propriæ filij facultates, unde ius acquisitæ & consequenter legitima, quæ ut supra dictum est, inter filij facultates numeratur. d. l. si fundum. §. sicuti, huiusmodi autem fideicõmissum quo ipsi pupillo succeditur, ab eius hærede restituendũ est. d. §. sicuti. Quamobrem ab eo trebellianica dumtaxat deduci potest, quæ à quouis hærede, ut dictum est potest detrahi. Cęterũ si filius pubes factus decesserit, hoc pupillare fideicommissum euanescit. d. l. quod fideicommissum. ff. de leg. i. Fideicom pupillare ut species

Et ex his perspicuum est, quid sit fideicommissum pupillare, & cui per ipsum succedatur, & quæ bona eo contineantur, quoue tempore finiatur. Item quid sit uulgare fideicommissum, & cui per ipsum succedatur, & quæ bona eo contineantur.

Nunc animaduertendum est, an si facta sit compendiosa filio impuberi, per uerba obliqua, utputa si filius meus sine liberis decesserit, uolo ut bona mea Camillo restituantur. quo casu doctores aiunt, uideri fideicommissum datum ab hærede, ab hærede inquam filij. Quamobrem si filius impubes, diem suum obierit, fideicommissum pupillare locum habebit, si uero pubes factus sine liberis decesserit, fideicommisso pupillari pubertate finito, uulgari fideicommisso æquè in compendiosa contento, erit locus per quod patri succeditur, ut supra dictum est.

Item si facta est compendiosa, sub qua contineatur pupillaris

utputa facta filio impuberi ab eo, qui eum in potestate habet, & in testamento solenni, tunc si filius moriatur impubes, habebit locum directa pupillaris, per quam substitutus pupillo succedit, & ad substitutum omnes filij facultates, quo quo modo ei obuenerint, directo pertinent .l. sed si plures .§. ad substitutos .ff. de uulg. & pupil. si uero filius pubes factus, aditaq; hæreditate obierit, tunc fideicommisso uulgari locus erit, & quæ bona eo tineantur, ex supradictis manifestum est.

Item si facta est compendiosa per uerba communia filio impuberi, in qua pupillaris directa contineri non possit, utputa si facta esset á matre quę filios in potestate minime habet. §. fœminæ. Inst. de adop. quocirca testamentum filio facere haud potest. Inst. de pup. in prin. Vel si facta est à patre in codicillis, quibus hæreditatem directò dari non licet. §. codicillis. Inst. de codic. si deinde filius hæres impubes decesserit, fideicommisso pupillari locus erit. l. Scæuola. ff. ad senatuscons. Trebell.

At si pubes iam factus sine liberis decesserit, & ita finito pupillari fideicommisso. d. l. quod fideicommissum, locus erit fideicommisso uulgari. d. l. cohæredi. §. cum filię. ff. de uulg. & pupil. & quid uulgare, & quid pupillare fideicommissum operetur ex supradictis iam perspicuum est.

Et si hac distinctione utaris, nunquam in hac materia decipieris, caue igitur a doctrina doctorum, qui indistinctè loquuntur, dicunt enim fideicommissum post mortem filij simpliciter relictū uideri a filij hærede relictum, eoq; filij legitimam contineri, nec distinguunt, utrum filius mortuus sit pubes uel impubes, uide eos in. l. cohæredi. §. cum filiæ ff. de uulg. & pupil. ubi Ias. refert multos,

Tu uero cum casus euenerit, distinguito ut supra. sed carpet me fortasse quispiam, eo q longiuscule circa hoc uersatus sim existimet ipse non ab re hoc factum esse, cum in materia obscura, sicut hæc est uarijs clarisq; exemplis uti oporteat. Arist. i. Ethi.

Casus quo stdiamus

Subdunt deinde Doctores, si pater instituit filiam in mille ducatis, & quādocūq; sine liberis decesserit, illos inter pauperes distribui iussit, & quia illud mille ducatorum non excedebat legitimam, dubitatum fuit utrum tale fideicommissum deberetur. Bal. & Christo. de Castell. ex una parte eiusmodi fideicommissum dicunt nequaquam deberi, eo q filia in legitima non potuit grauari: ab illa enim omne grauamen, omnisq; dilatio iure ipso reijcitur.

Raph. Ful. Paul. de Cast. Ioan. de Imola ex altera parte, asserunt fideicommissum omnino deberi, propterea ꝙ non est iniunctum filiæ nominatim, sed simpliciter post eius mortē relictum est, q̊ casu ex communi Doct. sententia, ab ipsius filiæ hærede datum censetur, quamobrem etiam legitima eo continetur, & hanc ultimam opinionem aiunt obseruari, ut referunt in. d. l. cohæredi. ff. de uulg. & pupil. Si hoc simpliciter intelligeres, facile deciperis.

Fideicōmisso pupillari cōtinetur legitima & aliæ filii facultates.

Distingue itaq; hoc modo, Aut illa filia mortua est impubes, & uera est opinio Paul. de Castro, & Imolæ, erit enim fideicommissum pupillare, quo simul cum aliis filii facultatibus legitima continetur, per illud enim succeditur pupillo. d. l. si fundum per fideicommissum. §. sicuti. ff. de leg. i.

Aut filia mortua est pubes, quo casu euanescit pupillare fideicommissum. d. l. quod fideicommissum. ff. de leg. i. & tunc uera sit opinio Bal. & Chris. & ualebit uti fideicommissum uulgare quo nec facultates filiæ, & consequenter nec legitima, & per consequens nec mille ducatorum, in quibus filia fuit instituta continet, cum non excederet legitimam, & per huiusmodi fideicommissum testatori succeditur. d. l. cohæredi. §. cum filiæ, & ita intelligendo nunquam aberrabis.

Præterea occurrit hic quæstiuncula non spernenda, quæ omissa fuit in materia pupillaris, quæ talis est, An substitutio pupillaris filio in potestate puberi facta ualeat saltem iure fideicommissi. dici to minime ualere, nisi a testatore id expresse dictum sit. §. extraneo. Inst. de pupil. sed uidetur huic. §. aduersari. l. Scæuola. ff. ad Trebel. ubi fuit facta directa pupillaris in codicillis, quāobrem directó ualere non potest, ut ibi, & Inst. de codic. §. fi. & tamen ualet iure fideicommissi.

Subst. pupillaris filio puberi facta nō ualet iure fideicōmissi.

At si quispiam dicat in. §. extraneo, pupillaris fuit facta maiori, cui fieri minime potest, idcirco nec iure fideicommissi ualebit Et in. l. Scæuola fuit facta impuberi, cui iure fieri poterat, nil igitū mirum, si ibi iure fideicommissi ualet, sed hoc dicens minime soluit, licet enim fuerit facta impuberi, fuit tamen facta in codicillis quo casu pupillaris nulla est, & perinde est ac si fuisset puberi facta.

CLXVI. Declaratio per quam.l. sceuola.ff.ad Trebell.concordat cum. .extraneo.

TV verò dicito.l. sceuola multum differre à .§. extraneo, quidem in eo.§. testator faciens pupillarem, uoluit solum ipsi filio, non autem sibi ipsi prouidere, pupillaris enim est prouisio, eiusq; testamentum. Insti. de pupil.§.igitur, quo succeditur ipsi filio insti. eo. in prin. Et si quæras, quamobrem in .d.§. extraneo, non ualet saltem iure fideicommissis, respondetur duplex esse fideicommissum, alterum uulgare, per quod testatori succeditur .l. cohæredi.§.cum filiæ.ff.de uulg. & pupil.quo eius duntaxat facultates continentur, Alterum uerò pupillare per quod pupillo succeditur, de quo satis supra dictum est, eoq; omnes pupilli facultates continentur.d.l.si fundum per fideicommissum.§. sicuti.ff.de [illegible]i.

At in.§. extraneo illa substitutio, non ualet uti fideicommissum uulgare, per quod testatori succeditur, propterea q; testator non sibi, sed filio prouidere uoluit, patet ex eo q; ibi ait, alius sit ei hæres, hoc est pupillo minimeq; ualet ut pupillare, illud enim pubertate euanescit, ut.d.l.si fundum. Insti.§. extraneo filius erat pubes igitur &c.

At in .l. sceuola testator fecit substitutionem pupillarem, quam ob rem perspicuum est, uoluisse filio impuberi prouidere per pupillarem enim succeditur pupillo, non autem testatori insti. cod. in prin. Si igitur illa testatoris dispositio, non ualet ut pupillaris directa, eo quod fuit facta in codicillis ualebit saltem benigna interpretatione, uti fideicommissum pupillare .d.l.si fundum. Nam sicut testator potest à legitimo suo hærede uulgare fideicōmissum dare, ita a legitimo si ij hærede pupillare fideicōmissum dare potest, quo omnes filij facultates, & consequenter legitima continentur, quod quidem ueluti pupillaris directa pubertate expirat, ut dictum est .l.quod fideicommissum ff. de leg.i.

Valet itaq; dispositio in.l. sceuola ut fideicommissum pupillare, propterea q; filius mortuus est impubes, si autem mortuus fuisset pubes, nec fideicommissum pupillare, quod pubertate euanescit, locum haberet, nec etiam uulgare, per uulgarem enim testatori succeditur, eidemq; prouidetur: at in.l.sceuola, testator uoluit duntaxat filio prouidere, sibi autem minime igitur &c.

verba

Verba quibus testatores utuntur.

Quædam sunt directa, quibus significatur, ut is qui substituitur manu sua capiat, nec requiritur factum alterius & sunt huiusmodi.

Institutio, hæres esto & hæc duo appellãtur directa ciuilia hoc est iure ciuili introducta, glos. in .l. uerbis ciuilibus .ff. de uulg. & pupil. quam ibi doctores sequuntur. Verba directa ciuilia que

Dominus esto.
Accipiat.
Capiat
Moriatur
Cedo.
Assigno.

& hæc à Bartolo appellantur uerba directa, non ciuilia. Verba directa non ciuilia que

Quædam sunt obliqua, quæ sonant, ut quis non sua, sed alterius manu, hoc est hæredis capiat, & sic facto alieno opus est, huiusmodi sunt. Verba obliqua que

Detur
Reddatur
Restituatur
Det, secus si testator dicat do.
Reddat.
Restituat.

Quædam uero sunt uerba communia, & sunt ea quæ possunt utraque significationem habere, idest quod sunt apta, ut per ea, quis manu propria, uel alterius accipere possit, & sunt hæc, Verba cõia que

Perueniat
Pertineat
Habeat
Remaneat
Reuertatur
Deuoluatur

Succedat: quod uerbum si ad res principaliter referatur, est commune, vtputa, quandocunque filius meus decesserit sine liberis, succedant bona mea Titio, si uero ad personam referatur, utputa si filius meus morietur sine liberis, succedat ei Titius, & tunc est directum, nec potest esse obliquum, quia per fideicommissum non instituto, sed testatori succeditur. l. cohæredi. §. cum filiæ .ff. de

uulg. & pupil. hæc ex Bar. in.l. centurio ult. not. & pen. col. ci quo omnes Doctores conueniunt.

CLXVII. Declaratio ꝙ nullum uerbum per se neqꝫ directum, neqꝫ ciuile appellandum est.

EGO vero aliter sentio, & arbitror, nullum uerbum per se, posse dici directum, nullum item uerbum per se appellandum esse ciuile, quis enim paulo humanior diceret, uerbum aliquod inuentum esse à lege, ut doctores aiunt, leges enim in comitijs, interrogante magistratu, utputa consule, constituebantur, §. lex insti. de iur. nat. gen. & ciuil. Nonne absurdissimum iudicaretur, consulē conuocasse comitia ad aliquod uerbum inueniendum, ciuitates enim utuntur uerbis, non autem inueniunt: Quemadmodum res pub. utitur hominibus, & non facit, Aristo. i. Polit. fuerunt autem uerba inuenta, uel ab Adam primo homine, quem aiunt imposuisse nomina animalibus alijsqꝫ rebus gen. c. i. uel ab usu cuiusqꝫ regionis. Sed si ita, est cur Papinianus appellat uerba ciuilia in. l. uerbis ciuilibus. ff. de uulg. & pupil. Dicas glos. in. d. l. tetigisse ueritatem, sed Doctores eam non intellexerunt.

Nullum uerbum per seneque directum neque ciuile.

Quamobrem scias à Papiniano, non unum uerbum per se appellari ciuile, sed plura uerba in aliquam formulam à iure ciuili redacta, appellari ciuilia, quasi à causa efficienti, sicut lex Aquilia, ab Aquilio nuncupatur, antiquitus enim omnia ferè suam habebant formulam, ut colligi potest ex. tit. de for. subl. C.

Verba quādo dicuntur ciuilia

Formula enim hæredis instituendi erat, ut uerba essent imperatiui modi, & nomina recta, idest uel uocatiuus, uel nominatiuus, ut colligi potest ex. l. quoniam. C. de testa. sed aduerte ibi legendum esse rectis uerbis, non autem directis, formula erat huiusmodi, Lutius titius, uel Luti Titi hæres esto. l. i. ff. de hæred. insti.

Fomula antiqua herediss instituendi

Formula substitutionis uulgaris erat, si Titius mihi hæres non erit, seius hæres esto.

Formula item pupillaris erat hæc, si filius meus mihi hæres erit, & prius moriatur quam in suam tutelam uenerit, tunc seius hæres esto, insti de pupil. in prin.

Formula stipulationis erat, ut interrogatus responderet, per ei

dem uerba: utputa spondes, spondeo, promittis promitto, dabis dabo, facies faciam, si per aliud uerbum respondisset, non ualebat, utputa promittis spondeo, ita colligi potest ex. §. i. insti. de uerb. oblig.

Erant & multæ aliæ formulę quas omitto, sunt enim sublatæ hodie, ut. C de formul. subl. Verba itaque ex quibus formulæ aliqua à iure ciuili composita erat, ciuilia appellabantur, & de his tex. in. l. uerbis ciuilibus loquitur, de cuius intellectu inferius dicemus.

Est animaduertendum, quod quemadmodum Doctores tria uerborum genera posuerunt, ita trifariam posse concipi compendiosam affirmant: Quandoque enim compendiosa conficitur a testatore, uerbis, ut ipsi aiunt obliquis, ut puta, si filius meus morietur sine filijs, hæreditas seu bona mea dentur: seu restituantur Sempronio, & tunc proculdubio omni tempore iure fideicōmissi, ualebit. d. l. cohered. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupil. notatur in. l. precibus. C de impub. & al. sub, & . l. centurio. ff. de uulg. & pupil. Et huius substitutionis uirtus, ea est, ut substitutus per eam non possit propria manu testatoris hæreditatem accipere, sed necesse est ut conueniat hæredem illius, cui facta est substitutio, ab eoque petat sibi hæreditatem restitui, ille autem hæres ex hęreditate restituenda poterit trebellianicam deducere. d. §. cum filiæ, & hoc ex persona sua.

Verba ciuilia quæ

Poterit etiam detrahere legitimā ex persona eius cui facta fuit substitutio, si tamen is erat filius testatoris sub conditione grauatus, ut not. in d. l. cohæredi. §. cum filiæ.

Eff. &c. subst. oblique

Quandoque compēdiosa uerbis ut inquiunt, communibus concipitur, ut puta quandocunque filius meus decesserit sine filijs hæreditas seu bona mea ad Sempronium perueniant, Et tunc secundum doctores quosdam in d. l. centurio, si mater extat, semper ualet iure fideicommissi, sed communis opinio tenet, mortuo filio in pupillari ætate directę pupillari, etiam uiuente matre, locū esse, & hęc est communior opinio, ut refert Ias. in. l. precibus. C. de impub. & al. sub. si uero mater non extat & filius institutus in pupillari ætate obierit, tunc sine controuersia pupillaris iure directo ualebit. per quam ipsi filio succedetur. Insti. de pupil. in prin. At si filius post pubertatem e uiuis decesserit iure fideicōmissi ualere manifestum est, & aduerte quod si filius repudiauerit patris hæreditatem, habet etiam locum uulgaris contenta in compēdiosa not. Bar. in. l. Centurio in. x. col. vers. quæro utrum substi

Compendiosa facta per uerba cōia intra pubertatē ualet iure directo & excludit matrem

tutio compendiosa.

Interdum compendiosa à testatore uerbis, ut aiunt, directis ciuilibus exprimitur, ueluti si filius meus morietur sine filijs, Sempronium insrituo, uel Sempronius hæres esto. Et tunc si potuit ualere a principio, ut pupillaris, utputa quia filio impuberi in potestate, & in testamento facta sit. si is in pupillari ætate decesserit pupillaris, sine dubio iure directo ualebit. At si post xiiii. annum obierit, ex sententia Doctorum non ualebit ut fideicommissaria, sed penitus euanescet, ut notant fere omnes in. l. uerbis ciuilibus. ff. de uulg.

secus si fuerit facta per uerba directa non ciuilia, utputa moriat Sempronio, tunc enim si a principio non potuit ualere directo, intellige ut pupillaris, uolunt eam ualere ueluti fideicommissariam: exemplum, si fuit facta compendiosa filio puberi, seu impuberi a matre, seu in codicillis, quibus casibus sine dubio non potest ut pupillaris ualere, & hæc opinio fuit glos. in. d. l. uerbis ciuilibus, quæ fere omnes ibi sequuntur. At si a principio potuit ualere directò, posr xiiij. annum non obliquatur.

Subst: pupillaris facta maiori

Quærunt ibi Doctores, quid si substitutio, non dico compendiosa, sed pupillaris simplex fuerit facta miaori; & sic non potest ualere, ut pupillaris, an iure fideicommissariæ ualebit, ex doctrina glos. dicendum esset, utique non ualere. Ex glos. enim colligunt doctores quod si à principio non potesr ualere directò, sine dubio obliquatur, ita in casu proposito est, ergo &c.

Contrarium tenent omnes Doctores asserentes eam nullo modo ualere, cum enim pupillaris pubertate finiatur, non potest inde incipere, arg l. Titio cum morietur. ff. de usufru. Et hæc est communis opinio, & pro hoc est tex. in. §. extraneo. Instit. de pupil.

Sed contra hoc opponitur de. l. Scæuola. ff ad Trebell. Vbi fuit facta substitutio pupillaris in codicillis, quæ non potest directò ualere, ut ibi scriptum est. Quamobrem benigna quadam interpretatione, obliqua efficitur, prout Scęuola respondet, & sic lex Scæuola uidetur omnino aduersari. d. §. extraneo.

Pro resolutione sciendum est, duplex reperiri fideicommissum, ut dictum est supra in decl. clxv. Vnum quo succeditur testatori, quod appellari potest uulgare. & eo solæ testatoris facultates continentur, non autem eius cui substitutum est. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupill. & hoc fideicommissum potest habere locum tam ante quam post pubertatem. d. §. cum filiæ.

Alterum est fideicommissum, quod pupillare appellari licet, quo succeditur pupillo, & eo solæ pupilli facultates continent, quod fideicommissum, si pupillus pubes factus decesserit, euanescit, sicut & pupillaris. l. si fundum per fideicommissum, aliter incipit si Titio. §. fi. cum. l. sequen. ff. de leg. i.

Fideicommiss. pupillare

His itaq; præmissis dicas, aut quis facit substitutionem pupillarem in formula sua filio puberi, & tunc non ualet ut pupillaris, cum non possit fieri maiori, nec ualet ut fideicommissum pupillare, quo succeditur pupillo, illud enim, ut dixi, post pubertatem euanescit, & eo tempore quo euanescit, non potest incipere arg. l. Titio cum morietur. ff. de usufruc. non ualet igit ut pupillaris, nec ut fideicommissum pupillare.

Distinctio pro concordia

Adde q; nec ualet ut fideicommissum uulgare, & ratio est, q; testator faciendo formulam pupillarem, solum filio & non sibi prouidere uoluit, hanc ob causam lex non interpretatur, ut ea dispositio ualeat in uim fideicommissi uulgaris, quippe cum possibile esset eam interpretationem contra mentem testantis fieri, id quod lex nequaquam facere uoluit. l. nam hoc iure. ff. de uulg. & pupil. Nec potest dici uulgare fideicommissum sub expressa pupillari contineri, hoc enim est à uero prorsus alienum. uerba enim pupillaris, non sunt apta complecti fideicommissum, ut cuiq; paulo humaniori patere potest, & hoc modo intelligitur tex. in. d. § ex contrario. Inst. de pupil.

Secus si fiat compendiosa filio puberi, tunc enim post aditam hæreditatem iure fideicommissi uulgaris ualebit. In compendiosa enim ut sæpius dictum est, etiam fideicommissaria continetur, non enim uerba ipsa repugnant, immo sunt ad eam complectendam omnino accommodata.

Aut secundò, quis facit pupillarem formulam filio impuberi, & sic apparet testatorem uelle filio prouidere, si ea ut pupillaris ualere non potest, uel quia facta est à matre, uel facta est fortasse in codicillis, & tunc ualebit iure fideicommissi pupillaris, dummodo filius moriatur impubes. Et ratio est, quia lex benigna eius interpretatione existimat testatorem uoluisse filio, non solum directè ut expressit, sed etiam per fideicommissum prospicere, pietas enim patris consilium pro liberis capit. l. nec in ea. ff. ad. l. Iul. de adult. & ita procedat tex. in. d. l. Scæuola ff. ad Trebel. Vbi substitutio pupillaris, quæ nō potuit ualere ut pupillaris. benigna interpretatione ualet, ut fideicommissum pupillare, quod quidē adueniente pubertate euanescit. ut dictum est, & hoc ex mente

Bar.colligitur in.d.l.Scæuola.

Nunc redeundum est ad id quod superius dicebatur de compendiosa facta uerbis ciuilibus. Dixeramus.n.ex mente Doctorũ compendiosam factam uerbis ciuilibus filio impuberi post quartum decimum annum per fideicommissum nequaquam ualere, immo penitus euanescere. Quærebam ego, qua nam lege hoc probari posset, nullam profecto inueni, quæ id bene intellecta probaret, Doctores tamen hoc ex una tantum lege colligi arbitrantur, uidelicet ex.d.l.uerbis ciuilibus.

CLXVIII. Declaratio. l. uerbis ciuilibus. ff. de uulg. sub.

NVNC autem ut.d.l.bene intelligatur capiamus uerba ipsius, cuius hæc sunt.

Verbis ciuilibus substitutionem post decimumquartũ annum ætatis frustra fieri conuenit. Existimant doctores in hac lege factam fuisse compendiosam filio impuberi, uerbis directis ciuilibus, quamobrem si filius decessisset impubes, habuisset profecto locum pupillaris, si uerò pubes funditus euanesceret, nec per fideicommissum ualeret. summam autem huiusmodi colligunt.

Doctorum opinio in.l.uerbis ciuilibus nõ bona

Compendiosa facta a pagano per uerba directa ciuilia nihil ualet post pubertatem.

Videamus nunc si uerba tex.huiusmodi admittunt intellectũ. Construe itaq; ex eorum mente, hoc modo conuenit, id est sine controuersia est, substitutionem scilicet compendiosam supple factam filio impuberi, factam inquam uerbis ciuilibus, hoc est directis, post decimum quartum annum, hoc est post pubertatem frustra fieri, secundum eos, id est euanescere.

Hic eorum intellectus literæ minime congruit, diuinat enim substitutionem filio impuberi factam fuisse, oportet p̃terea subintelligere, factam, alioqui nec construi nec sensus erui posset. Item exponunt uerba illa frustra fieri, id est euanescere, id quod latinitas non admittit. Omne enim quod fit non est, sed est in motu ad ipsum esse, non erat igitur substitutio prius in actu,

ſed fiebat,fiebat tamen fruſtra,non autem iam facta,euaneſcebat: id enim quod euaneſcit,aliquando fuit. priuatio enim præſup/ponit habitum .l.decem .ff. de uerb.obl. ſed id quod fit fruſtra nunquam eſt in eſſe,quia dum fit fruſtra fit.

Volunt itaq; illa uerba,uidelicet fieri fruſtra ſubſtitutionem,non prius factam poſtea euaneſcere,ut inquiunt ipſi, ſed eo inſtanti quo fit,fieri fruſtra. Quamobrem illa uerba oſtendunt ſubſtituti onem non fuiſſe factam ante decimum quartum annum,quo tem pore nõ fieret fruſtra,immo haberet ſuam eſſentiam,ut ita dicam, & uiueret uſq; ad decimum quartum annum :ſed potius neceſ/ſario demonſtrant ſubſtitutionem fuiſſe factam poſt decimum quartum annum,eam inquam,quę eo tempore fieri non poterat, huiuſmodi eſt pupillaris,quam ſi quis poſt decimum quartum annum facere tentet,fruſtra eam faciet fruſtra inquam,cum id cu/ius gratia fit, hoc eſt, ut pupillo directo ſuccedatur, ha/beri non poſſit, cum poſt pubertatem filio ſuccedi directo ne/queat.

In illa igitur lege,non fuit facta compendioſa,ut ipſi aiunt, ſi quidem in compendioſa uulgaris,pupillaris, & fideicommiſſa/ria continetur.l precibus .C.de impub, & al. ſub. in uerſ. etiã ſi adierit hæreditatem quocirca poſt quartum decimum annum poſſet uulgaris,uel fideicõmiſſaria uim habere: Quamobrem cõ pendioſa non fruſtra fieret ,ut ipſi aiunt, nec obſtat q; teſtator di xerit hæres eſto,quod uerbum ut ipſi appellant directum , fidei/commiſſariæ uidetur obeſſe,nam hæres,idem eſt q; dominus.§.fi. Inſti. de hæred. quali. & diffe.ut ſuperius diximus in declara/tione.clxiij. Subſt:compẽdioſa in :l uerbis ciuilibus non fuit facta

Dominus autem dicitur directus & utilis,l.ij.ff.ſi ager uectig. uel emph. pet. Erit igitur hæres directus,& utilis , ideſt fidei/commiſſarius , Et quemadmodum dicitur fideicommiſſaria hæ/reditas. Inſti.de fideicom. hæred. Ita & fideicommiſſarius hæres conſequenter dicetur,ut plenius ſupra oſtendimus : Quamobrẽ ſi teſtator dicat,ſi filius meus deceſſerit ſine liberis,talis ſit ei hæ/res, intellige hæres ſiue directus,ſiue fideicommiſſarius, prout e/uenerit ,non enim uerba repugnant . Male itaq; exponunt uer/bis ciuilibus ideſt directis, cum nullum uerbum poſſit per ſe di/rectum appellari,& ideo communis intellectus non eſt bonus ut diximus in declaratione clxvij. Quamobrem dicas in ea lege pręponi eundem caſum qui ponitur in.§.extraneo, Inſti. de pu/pil.qui.§.uidetur eſſe gloſ.d.l.uerbis ciuilibus.

Cas' l uer bis ciuilibus

Casus autem illius legis is est. quæsitum fuit à Papiniano iure consulto, an possit quispiam filio suo puberi facere substitutionem pupillarem, & uidebatur dicendum, id fieri posse, nam pupillaris substitutio, est quædam prouisio concessa a lege, pro ipso filio, per quam substitutus succedit pupillo, Insti. eo. tit. in prin. causa, quare id concessum sit, est ut pupillus moriatur testatus, & hæc ratio uiget etiam in filio pubere.

Hoc tamen non obstante, Papinianus contrarium decidit dicens substitutionem pupillarem, post quartumdecimum annum, frustra fieri, proptereaq; á lege, solum est patri concessum ut possit filio substituere in ea ætate in qua sibi filius testari non potest Insti. de pupil. in fine principij. Quæ ætas durat usq; ad pubertatem in qua sane potest ipsemet filius testari .l. qua ætate .ff. de testa.

Illud itaq; beneficium legis, in fauorem filij inductum, si post pubertatē duraret, esset iniquum, auferret enim filio puberi testamenti factionem, id quod non est faciendum .l. ex facto .ff. de uulg. & pupill. Et hoc idem decidit Imperator in .d. §. extraneo. Fuit itaq; in .d. l. facta filio puberi substitutio pupillaris quare collige tu summam hoc modo. Substitutio pupillaris, frustra fit filio puberi.

Cōstructio .l. uerbis ciuilibus

Construe modo literam hoc ordine, substitutionem uerbis ciuilibus idest uerbis in formulam pupillarem à iure ciuili redactis conuenit, hoc est sine controuersia est frustra fieri, hoc est incassũ à testatore effici, post decimumquartum annum, idest si pupillaris fiat, post pubertatem frustra fit, idest nullo momento ualet. Et hic est uerus intellectus, & non ab re fit frustra, quia non ualet ut pupillaris, cum sit facta puberi, nec ut fideicommissum pupillare, quia nec illud potest fieri puberi, finitur enim pubertate, sicut & pupillaris .d. l. quod fideicommissum .ff. de leg. i. Nec potest ualere ut fideicommissum uulgare, per quod succeditur testatori Nam testator faciendo meram pupillarem, noluit sibi, sed filio prouidere: Non ab re igitur Papinianus inquit, substitutionem frustra fieri. idest eo momento quo fit, frustra fit, & nihil ualet.

Cōclusiões collectæ ex l. uerbis ciuilibus

Ex supradictis collige has conclusiones.

Intellectus communis in .l. uerbis ciuilibus non est uerus.

In lege uerbis ciuilibus non fuit facta compendiosa.

In lege uerbis ciuilibus fuit facta mera pupilaris.

In lege

In legé uerbis ciuilibus, hoc nomen hæres, uel hoc uerbum instituo esse uerbum directum ciuile non probatur.

Nulla lege cmprobatur compendiosam factam, per uerbum hætes esto, post pubertatem expirare.

Alia quæ per D. Vaconium in materia substitui onum fuerunt declarata habere non postuis.

D. VACONII A VACVNA,

IVRIS CIVILIS

DECLARATIONVM.

LIBER QVINTVS.

CLXIX. Declaratio quomodo differat Pa ctum a pollicitatione, & a stipulatione.

QVAERI solitum est, in quo pactum à pollicitatione differat, scribentes in tit. de uerb. oblig. Titulum hic appel lo, id quod doctores minus latine ru bricam nominant: Rubrica enim est terra rubei coloris, & minio proxima, sed quia leges, & tituli, & capita, hac rubrica notabantur, erant enim literæ ti tulorum rubeæ, ideo doctores fortasse rubricam titulos appellarunt, sed qui latinè loquitur titulum ap pellant, est enim titulus cuiuscunque operis index hic operi super scribitur, qui uel qualitatem, uel materiam operis ostendit, Vnde Ouidius, scripturus de remedijs contra amorem, scripsit in prin cipio, de amoris remedio, deinde subdit,

Rubrica que

Titul' quid

Legerat huius amor titulum, nomenque libelli,
Bella mihi uideo, bella parantur ait.

Vocat igitur titulum, id quod doctores nostri rubricam appel lant, & Iureconsul. in. l. i. ff. si cert. pet ibi multa iura, sub hoc titu lo prætor inseruit, hoc est sub illa superscriptione de rebus cre ditis.

Doctores inquam in. d. tit. dicunt pactum à pollicitatione, in hoc differre, quod pactum est duorum consensus, atque conuentio. Pollicitatio uerò offerentis solius promissum, l. pactum. ff. de

polli. In hoc nemo est, qui eis non assentiatur, sunt enim Vlpiani diffinitiones.

Sed dum postea subdūt pollicitationem esse promissum, quod absenti citra nuncium uel epistolam fit, in hoc ab eis omnino dissentio, illi enim hanc ob causam dicunt pollicitationem fieri absenti, quia si præsenti, & tacenti promitteretur, non esset pollicitatio, sed pactum, propter duorum consensum, unus enim, hoc est promittens expresse consentit, alter uero hoc est tacens, & præsens, tacitè consentit, igitur duorum consensus, & sic pactum. d. l. pactum. Collige igitur ex doctorum sententia, has duas conclusiones.

Pollicitatio secundum doc: nō habet duorum cōsensum

Pollicitatio est promissum factum absenti, sine epistola & nuncio.

Pactum est promissum factum præsenti, siue expresse siue tacite acceptanti, uel absenti per epistolam, uel per nuntium, absenti inquam & acceptanti, ita ut sit duorum consensus:

Hæc Doct. sententia mihi nunquam satisfecit. Dicunt enim ipsi pollicitationem fieri absenti. hoc autem ideo dicunt, ne duorum consensus in ea appareat, ut à pacto differat, sed dicant obsecro: nonne & pollicitatio fit præsenti. l. ex pollicitatione. ff. co. Vbi Modestinus ait ex pollicitatione, quam quis apud rem publicam, ob honorem fecit. &c. si apud rem publicam, ergo præsenti, dictio enim apud, præsentiam denotat, immo pollicitatio non potest fieri absenti, ut aperte ostendit Vlpianus in. l. Charidemus. ff. de polli. si eam legem sine cauillo interpretemur, & glos. ibi ita intelligit, dum citat pro simili. §. item uerborum. Insti. de inutil. stipul.

Descriptio pollicitationis a doc: facta non ē bona

Si quis igitur pollicitus fuerit reipub. opus se facturum, ob honorem sibi decretum, uel decernendum, uel ob aliam iustam causam, nōne ex pollicitatione obligatur? obligatur profecto. l. i. ff. de pollic.

Pone nunc quempiam absentem, ut uolunt Doc. pollicitum fuisse republicæ, nonne respublica cum hoc resciuerit, uelitq; debitum exigere, quod potest. d. l. pactum. ff. de polli. nonne inquā consentit, consentit utiq; alioqui non exigeret, quo nam igitur pacto res publica exigeret, nisi consentiret, si consentit, ergo est duorum consensus & ideo a pacto non differret secundum doc.

Quod autem pollicitatio habeat duorum consensum ita ostēditur, mandatum habet in se conuentionem, nullus enim est contractus, qui in se conuentionem nō habeat, l. 1. §. i. ff. de pac. si cō

uentionem, ergo duorum consensum, ut ibidem manifestum est, mandatum enim duorum consensu fit. Inst. de oblig. quæ ex consens. nasc. in prin. Aut igitur quis præsens mandat præsenti, & acceptanti, aut per nuncium, uel per epistolam absenti, & mandi acceptanti, & interdum mandato salarium constituitur, quod si est certum, re saltem in genere, peti potest .l. salarium. & ibi glos. .ff. mandat.

Pone nunc Titium mandasse Sempronio, ut negotium suum gereret, eique salarium certum pollicitum fuisse, poterit planè Sempronio diligenter perfecto negotio, salarium peti. l. qui mutuam. §. salarium. ff. mand. Vbi Papinianus in hæc uerba ait, salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque iudicio mandati, ut constituatur, ergo si esset salarium certæ pollicitationis recte peteretur. d. l. salarium, iuncta glos. si igitur is, cui mandatum est, petit sine dubio consentit, est igitur pollicitatio duorum in idem consensus, consentit enim is qui pollicitus fuit, certum salarium, consentit etiã is cui mandatum est, acceptauit enim mandatum, cum illa certi salarij pollicitatione, patet itaque ibi pollicitationem habere duorum consensum.

Præterea pollicitationem habere duorum consensum, huiusmodi ostenditur argumento, omne promissum ex quo nascitur obligatio, habet duorum consensum, hoc patet ex uerbis Pedij Iureconsul. in. l. i. ff. de pact. Vbi ait, nullam esse obligationem, quæ non habeat in se conuentionem, & consequenter duorum consensum, sed pollicitatio est promissum ex quo nascitur obligatio. l. i. ff. de poll. obligatur enim quis, rei publicę ex pollicitatione, d. l. pactum: ergo pollicitatio habet duorum in idem consensum.

Item omnis obligatio uel nascitur ex contractu uel quasi, uel ex maleficio uel quasi. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. Ex pollicitatione nascitur obligatio. l. i. & l. ex pollicitatione. ff. de poll. ista igitur obligatio, aut nascitur ex contractu uel quasi, aut ex maleficio uel quasi: ex maleficio autem non nascitur, nec ex quasi, restat ut nascatur ex contractu uel quasi, & consequenter pollicitatio est contractus uel quasi, si ita est, prout est, necessario habet duorum consensum, nullus enim est contractus, quin habeat conuentionem, & sic duorum consensum. l, i. ff. de pact

Ex supradictis manifestum fit, pollicitationem habere duorum consensum, & ideo à pacto non distat, eo modo ut uolunt doc. Differt tamen cum sint diuersæ eorum diffinitiones, quo nam

modo differat inferius demonstrabitur.

Quamobrem dicas tu fili mi, pactum in hoc solo à pollicitatione differre, quod pactum est quando quis promittit alicui roganti, utputa si Titius dicat, Meui promittis mihi equum, Meuius uero respondeat, promitto, seu spondeo.

Pollicitatio in quo uere differat a pacto

Quod autem pactum hoc modo fiat, Vlpianus in. l. iurisgentium §. quod fere. ff. de pac. apertè ostendit. Cuius hæc sunt uerba, rogauit Titius, spopondit Meuius. hæc uerba inquit ipse, non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis, nota accurate illam dictionem, non tantum, quę demonstrat minus dubitandum esse, illa uerba accipi loco pactionis, q̃ stipulationis ea enim est illius dictionis uirtus, ut iungatur cũ eo, de quo minus dubij est. Exempli causa, non tantum funderem pro te pecuniam sed etiam sanguinem, minus dubij est, ut quis pro amico potius pecuniam quam sanguinem fundat. Vide Laurentium Vallam.

Pollic'atio est promissum factum non roganti alicui etiam presenti

Ex illo itaq; tex. satis clare constat, pactum tunc esse, quando quis aliquo rogante spondet, pollicitatio uero, quãdo quis spõte sua offert, seu promittit alicui non roganti, ueluti si Titius ita dicat, Meui promitto tibi seu polliceor, me daturum tibi librum si mihi lectionem legeris, si Meuius acceptet, legatq; lectionem, tunc Titius ex pollicitatione obligatur. Confirmant hoc grammatici, dum aiunt pollicemur sponte siue ultro, promittimus uero rogati.

Quod autem ita inter se pactum & pollicitatio differant, ꝓbatur l. i, iuncta glos. C. de iur. doti, ubi euicta re, in dotem marito data, gener quærebat, an posset contra socerum de euictione agere, respondet Imperator, posse utiq; agi, si pollicitatio, uel ꝓmissio fuerit interposita. glos. exponens ait, pollicitatio sine interrogatione præcedente: promissio uero interrogatione præcedente efficitur. Vides igitur quam clare glos. aperiat pactum à pollicitatione, ita ut dictum est differre.

Concludo igitur pactum esse promissum factum alicui roganti, pollicitationem uero promissum factum alicui non roganti. Hanc differentiam ut uidisti, clare colligitur ex. d. §. quod fere, & ex d. glos. in. d. l. i. C de iur. dot.

Sed dicet quispiam, si pactum est promissum factum præcedente interrogatione, in quo differt a stipulatione: Responde tã pactum q̃ stipulationem non contrahi, nisi aliquo interrogante, & in hoc conueniunt; sed stipulatio in hoc differt à pacto, quod

Pactum a stipulatione in quo differat

hęc non potest concipi nisi utroq; loquente. & ideo neq; mutus, neq; surdus, neq; absens stipulationem contrahere possunt. l. i. ff. de uerb oblig.

At pactum potest nutu effici, & consequenter à surdo & à muto. Inst de oblig. quæ ex cons. nasc. §. i. potest etiam fieri absenti per epistolam, uel per nũcium. l. qui autem. §, si ff. de consti. pecu. semper tamen requiritur, ut quis puta Titius prius roget quicquam sibi dari uel fieri, roget inquam uel uerbis si loqui potest, uel nutu si surdus, uel per epistolam seu nuntium si absens est, deinde Meuius eodem modo promittat. & in hoc hodie distat pactum a stipulatione, olim uero aliter distabat, quia stipulatio contrahebatur per uerba quædam solennia. §. i. Inst. de uerb. obl. Pactum uero quibuscunque uerbis concipi poterat, & etiam nutu.

Et ut facillius hæc intelligantur, animaduertendum est, quemadmodum adoptio capitur ut genus, Insti. de adop. in prin. & in duas diuiditur species, una est quæ dicitur arrogatio, quando adoptatur is qui est sui iuris. Altera quando adoptatur is qui est in patris potestate, & hæc nomine generis adoptio uocatur.

Pactum in tres species diuiditur

Ita pactum acceptum uti genus, in tres diuidatur species, una est quando præsens præsenti, interrogantique uerbis promittit, uerbis inquam olim solemnibus, hodie quibuscunque, & hæc dicitur stipulatio. Insti. de uerb. oblig. in prin. omni enim stipulationi inest pactum uti genus. l. i. §. i. ff. de pac. ualet enim argumentum, est stipulatio, ergo pactum, sed non è contrario, sicut dicimus de specie, & genere, ergo stipulatio est species pacti.

Secunda est species, quando quis præsens, alicui non interroganti tamen præsenti promittit & hæc species dicitur pollicitatio, huic etiam speciei inest pactum, uti genus, omnis enim pollicitatio ex nostra sententia ē pactum, sed non è contrario.

Pollicitatio omnis est pactum

Tertia est species, quando quis præsens uerbis seu nutu promittit, alicui interroganti acceptantiq; uel quando absens absenti per epistolam, seu nuncium promittit, & hæc species non habet proprium nomen, sed appellatur pactum nomine sui generis, sicut dictum est de adoptione, huiusmodi autem pactum quæ est species, differt. à pollicitatione & stipulatione, eo modo quo supra ostensum est.

Et quia dictum est supra, pactum esse duorum plurium ue in

idem consensu,ut ait Iureconſ. in .l.i.de pac. Quidam audaciunculi, huic diffinitioni ita aduersantur, aiunt enim diffinitionem, quæ competit alij quam diffinitio non esse bonam, sed hæc competit alij ergo &c.

Pone enim inquiunt ipsi, duos iudices in unam sententiam, uel duos disceptantes in unam opinionem conuenire & ita est duorum in idem consensus: Item in stipulatione est duorum consensus, cum in ea insit conuentio.l.i.ff.de pac. & tamen non est pactum.

Sunt profectò isti impudentes, quos non pudet Iureconsulto aduersari, & putant se aliquid dicere, cum nihil dicant.

CLXX. Declaratio pacti, & eius specierum.

PRO declaratione sciendum est, conuentionis uerbum capi ut genus supremum, quod in duas species diuiditur. *species conuentionis quot sint*

Vna enim est, quæ fit animo, & corpore, ueluti cum duo ex diuersis locis in unum conueniunt.

Altera est, quæ solo animo efficitur, & hæc ẽ tanquam genus subalternum, cuius duę sunt species: Vna est, quando duo conueniunt in unam rem, quæ non est, nec danda, nec facienda alteri sicuti quando duo iudices in unam sententiam, uel duo disceptãtes in unam conueniunt opinionem, horum enim in unam rem consensus, una est conuentionis species, non tamen est pactum, et sic tollitur argumentum illorum audaciunculorum, concedendum est enim duorum consensum inesse huic speciei, ueluti genus.

Altera est species, quando duo conueniunt in unam rem, quæ danda est, uel facienda alteri ipsorum, & hæc dicitur pactum de quo in tit. de pact.

Hoc autem pactum subdiuiditur, uti subalternũ genus, aliud ênim est tacitum, aliud autem expressum, tacitum est, quando in unam rem tacite duorum consensus concurrit .l. qui patitur .ff. mand. Exempli causa, Titius mandat Fabio, ut credat centum Sempronio præsenti, qui Sempronius non mandauerat expressè Titio, ut mandaret illud Fabio, sed quia Sempronius patiebatur Titium mandare Fabio, intelligitur ipse mandasse Titio; ut *Pactum uti genus sub alternum ĩ duas species diuiditur*

ita mandaret, Fabio, & sic inter Sempronium & Titium est taci tum mandatum, & consequenter tacitum pactum, & hic est casu .l. qui patitur, in cuius intelligentia nonnulli aberrant.

Expressum uero pactum est, quando uerbis expressis consti tuitur, & hoc in tres species distribuitur, una est pactum, quæ species pacti in genere, sicut adoptio, species adoptionis, in gene re, ut dictum est.

Altera est stipulatio. Tertia pollicitatio.

Pactum itaque uti genus superius, habet has quatuor species uidelicet.

Pactum in specie, Pollicitationem, stipulationem, & constitutum.

Rursus pactum in specie acceptum, ueluti genus (ut Dialecti ci aiunt) subalternum, in plures contractuum species diuiditur, & in proprium cuiusque nomen transit, ueluti si Titius dicat, Fa bi, uendis mihi fundum tuum gabinianum centum, Fabius re spondeat uendo, hæc pacti species, proprio nomine appellatur emptio & uenditio, habetque duorum consensum ergo & pactu .ff. de polli. Potest enim hoc modo argumentum duci, est em ptio & uenditio, ergo est duorum consensus, insti. de obli. quæ ex cons. nas. in prin. Si duorum consensus ergo & pactum .l.i. .ff. de pac. & .d.l. pactum.

Emptio & uenditio ē species pacti

Item si Titius dicat Fabi, locas mihi fundum tuum decem, uno quoque anno, ac ille dicat loco, hæc est pacti species, quæ loca tio & conductio uocatur. Idem dicendum est de commodato, & deposito, cæterisque similibus contractibus.

Locatio & conductio species pacti

Et si diceres nonne huiusmodi conuentiones, sunt stipulatio nes. Respondeo, ut iureconsᶠ. respondet in .d.l. iuris gentium. §. quod fere .ff. de pact. ubi in hęc uerba ait, rogauit Titius, spopon dit Meuius, nō tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam sti pulationis. Ita in exemplis supra positis illæ conuentiones, & pactioni & stipulationi accommodari possunt. nam si inter ab sentes, per epistolam, uel per nuncium fiant uel nutu, uel ex inter uallo inter præsentes, erunt profecto pactiones, quæ in proprium nomen contractus transeunt.

At si uerbis, & inter præsentes concipiantur, poterunt etiam dici stipulationes, erunt tamē pacti species, nam & stipulatio est pacti species, ut dictum est.

Emptio & uenditio contracta per stipula tionem

Sed in superioribus exemplis, stipulatio transit in proprium nomen contractus, dicetur itaque emptio, & uenditio locatio, & conductio

conductio contracta per stipulationem, quibus etiam pactum, tanquam superius genus inest, quemadmodum corpus animatū sensibile inest homini, uti speciei, ualet enim est homo, ergo est corpus animatum sensibile, corpus enim animatum sensibile, dicitur de animali, animal uero de homine, et consequenter corpus animatum sensibile, de homine dicitur, seu (ut aiunt) prædicatur.

Ita in proposito pactum inest stipulationi, l. i. §. i. ff. de pac. stipulatio inest emptioni, & uenditioni, ita ut in superiori exemplo contractæ, ergo & pactum inest uenditioni. Et dictæ conuentiones, quæ in proprium contractus nomen transeunt, obligationem & consequenter actionem pariunt, d. l. iurisgentium. pariunt inquam ei, qui ex parte sua adimpleuit, saltem per oblationem re, non uerbis, factam. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. emp. de quo supra in actionum declaratione, plenè dictum est, ibi si libitum fuerit uideto.

CLXXI. Declaratio an emptio & uenditio contracta per stipulationem, sit unus uel duo contractus.

QVærebant moderni Perusini, ut refert Soc. in tit. seu ut aiūt rubrica de uerb. oblig. col. viij. nunquid si contractus iurisgentium nominati fiant per uerba eis conuenientia, præcedente interrogatione, & secuta responsione, seruata forma stipulationis, puta si Iulius dicat, Fabi uendis mihi fundum decē Fabius respondeat uendo, nunquid dicatur nedum contractus uenditionis, sed etiam stipulationis, & consequenter duo contractus, in hac quæstione uarii uaria dixere, ut refert ibi Soc.

Quibus omissis dicas eiusmodi contractum esse unum, hoc est emptionem & uenditionem factā, ut supradixi, per stipulationē, & id quærere, est perinde ac si quæras, nunquid emptio, & uenditio facta per conuentionem seu pactum, sint duo contractus, hoc est conuentio per se, & emptio & uenditio per se, uel nunquid homo, & animal sint duæ res, uel una, in hoc dicendum est, quemadmodum homo et animal quod homini inest una est substantia & non duæ, & quemadmodum emptio & uenditio, & pactum quod uti genus illi inest, l. i. ff. de pac. est unus contractus, & non

duo, hoc est emptio & uenditio, nemo enim auderet dicere, pa-ctum, & uenditionem esse duas separatas conuentiones, pactum scilicet per se, & emptionem & uenditionem per se, pactum sci. conuentio inest emptioni & uenditioni, quod si ab eis separetur nec emptio, nec uenditio est, quemadmodum animal inest homi-ni, uti genus, quo remoto, non diceretur homo, ita si dico uendis mihi fundum decem, tu respondeas uendo, ex his uerbis compo-nitur una substantia, quæ est uenditio, cui inest stipulatio tanquam genus, ut diximus.

emptio facta per stipulationē ē unus contractus

Et quamuis hæc emptio & uenditio composita sit per stipula-tionem, non tamen appellatur stipulatio, sed emptio & uenditio à forma finali, a qua res appellatur ut dicit Bar. in trac. de aluco. §. si quid.

Exempli causa, domus est composita ex tecto, pariete, & solo tamen non sunt tres res, sed una est substantia, quæ à forma finali appellatur domus, & licet ibi sint plures formæ, hoc est forma pa-rietis, & forma tecti, non tamen considerantur per se, cum hæc fi-ant propter aliam formam introducendam. l. eum qui ædes. ff. de usucap. sunt enim ueluti media ad finem.

Exēplum

Ita ad propositum, licet hæc uerba uendis fundum, uendo, ui-deantur habere stipulationis formam, tamen non considerantur, ut stipulatio de per se, cum tendant ad aliam finalem formam in-ducendam, quæ est emptio & uenditio, quod patet ex certo pre-cio, quod est de forma, & de substantia emptionis & uenditio-nis. §. precium. Insti. de emptio. & uend. & sic spectanda est forma finalis, non autem res medias per quas finalis forma indu-citur.

Vna igitur est res, licet composita ex duabus, quemadmodū una est domus, licet composita ex pluribus formis, diciturq; em-ptio & uenditio contracta per stipulationem ut supra dictum ē, quæ quidem uenditio habet duas partes, habet interrogationem, dum dicitur uendis mihi fundum decem, & habet responsionem dum ais uendo, & hæ partes dicuntur integrantes, integrant enim seu faciunt unum totum, quæ est emptio & uenditio, quemadmo-dum paries & tectum ut diximus, faciunt domum, & quemad-modum separatis tecto, pariete, & solo ex quibus constat domus nihil remanet, & ita non est amplius domus. d. l. cum qui ædes.

Ratio quare emptio facta per stipulationem dicatur unus cōtractus.

Ita separata interrogatione & responsione, ab huiusmodi em-ptionis & uenditionis contractu, nihil remanet, & sic non est ue-

tio, quamobrem non sunt duo contractus, nam si essent duo contractus, essent duæ substantiæ. l. obligationum substantia de actio & oblig. & consequenter uno cõtractu separato, remaneret alius quod in casu nostro nequaquam est.

Quamobrem dicas emptionem & uenditionem, locationem & conductionem posse contrahi & uerbis & consensu simul, & consensu tantum, uerbis & consensu contrahitur, quando præsẽs præsentem uerbis intelligat, inquiens uendis mihi fundum centũ tu respondeas uendo, dicitur emptio contracta uerbis simul & consensu, hoc est per stipulationem, si uero non respondeat uerbis, sed nutu, uel per epistolam, uel per nuncium, dicetur emptio & uenditio contracta consensu solo, hoc est per pactum, ut superius diximus. Et est una tantum compositio, quæ non est mera stipulatio, cum in stipulatione non requiratur pretium, erit igitur emptio & uenditio, cui stipulatio inest, uti genus, ut sæpius dictum est.

At si emptio & uenditio postquam est contracta, deducatur in stipulationem, non animo nouandi, erunt profecto duo contractus, hoc est emptio & uenditio prius facta, item & stipulatio in quam deducta est emptio, & uenditio, exempli causa, si dicã uendo tibi equum centum, tu dicas emo centum, deinde stipulatus sum à te mihi dari centum, & tu contra stipulatus es a me tibi dari equum, & si hæc ita facta non essent, uiginti nomine pœnæ promissa sunt, in hoc casu erunt duo contractus & ego potero aduersus te agere ad pretium, tam ex uendito quam ex stipulatione, tu e contrario aduersus me ad equum, tam ex empto, q̃ ex stipulatione agere, poteris. l. duo societatem. ff. pro socio.

Ex his perspicuum est, emptionem & uenditionem interdum fieri per stipulationem, & tunc erit unus contractus, hoc est emptio & uenditio, & ex eo solo agi potest, interdum facta prius emptione & uenditione subiungitur stipulatio, non tamen animo nouandi, in quam deducitur, id quod in emptione & uenditione actum est, & tunc sine dubio erunt duo contractus, hoc est emptio & uenditio prius facta, & stipulatio deinde subiecta, & ex utroq; agi potest. d. l. duo societatẽ, & in hoc casu loquitur Bar. in. l. singularia. ff. si cer peta. Emptio & uenditio quando est perfecta deducitur in stipulatio nẽ sunt duo contract⁹

CLXXII. Declaratio .l. si stipuler .§.fi. .ff. de uerb. oblig.

NEC obstat huic conclusioni tex.in .l.si stipuler.§.fi.ff.de uerb.obl.in quo textu dicit Soc.á contrario sensu proba ri,huiusmodi in casu esse duos contractus,emptionem & uenditionem, scilicet & stipulationem. Dicit ibi Iureconf. si in uendendo,uel in locando ad interrogationem quis non respon derit,puta ut dicit glos.uel quia non uerbis expressis , uel quia non incontinenti,ualet ut locatio, & uenditio, ergo á contrario manifeste uult illa litera,ꝙ si responsum esset ad interrogationem ut stipulatio profecto ualeret.

Omissa responsione quæ à recentioribus Perusinis datur, di cas tu,emptionem & uenditionem,locationem & conductionē, posse & per stipulationem & per pactum,hoc est solo consensu effici:& etiam per pollicitationem,ut supra demonstratum est: nam si Iulius præsens dicat Fabio præsenti , Fabi uendis mihi fundum tuum centum.Fabius respondeat incontinenti uerbis ex pressis,uendo,dicetur emptio & uenditio per stipulationem fa cta. At si Fabius,non uerbis sed nutu,uel si uerbis non tamen in continenti respondeat,uendo.ualet emptio & uenditio,non ta men dicetur contracta per stipulationem,sed pacto hoc est con sensu,emptio enim & uenditio bifariam contrahi potest,ut di ctum est,per stipulationem scilicet & per pactum,& hoc modo dicit tex.in.d.§.fi.dum ait,quia hi contractus , non tam uerbis, quam consensu confirmantur, uerbis hoc est per stipulationem, consensu,hoc est per pactum sine stipulatione . Nec ualet quod dicit Soc. si fuisset ad interrogationem responsum à contrario sensu,ualeret ut emptio & stipulatio,immo si fuisset responsum ad interrogationem ualeret,ut emptio & uenditio per stipulati onem contracta, & esset dumtaxat unus contractus , non autem duo ut supra demonstratum est.

Emptio & uenditio cō tracta per stipulatio nem

Adducit præterea tex.in.l.singularia,qui nihil obstat, nam li cet,ibi sint duo contractus,unus tamen est uerus expressus, alter uerò fictus a lege,nam si mando debitori meo ut det tibi pecuni am hæc uerba inducunt mandatum,& non aliud. Quare si debi tor meus ex hoc mandato tibi det pecuniam,lex fingit eam a de bitore meo mihi datam,& a me ad te profectam, & sic est mutu

um inter me & te,mutuum inquam à lege præsumptum , & quē admodum sunt duo actus,unus expressus, quo mando debitori meo,ut tibi soluat,& alter,quo lex præsumit a debitore meo pecuniam mihi datam,a me ad te profectam,ideo sunt duo contractus,unus inductus a partibus,alter a lege præsumptus,nos uero quærimus , an ex uno actu expresso , duo expressi contractus oriantur.

Nec obstat aliud Soc.arg. dum ait,a pari procedunt,stipulationem incontinenti apponi,uel simul cum ipso contractu celebrari,ea enim quæ incontinenti fiunt,inquit ipse uidentur inesse.l. lecta,ff.si cer.pet.sed quando stipulatio apponitur incontinenti post contractum,duæ contractuum species oriuntur.d.l.duo societatem.ff. pro socio.Ergo hoc idem est,quando stipulatio incontinenti,in ipso contractu introducitur.

Ad hoc responde,pactum posse apponi dupliciter, uno modo in ipsa conuentione seu contractu,ita ut sit pars conuentiōis. exempli causa,uendo tibi ancillam meam,sub hoc pacto ne prostituatur.l. si quis ancillam , de contrahen , empt. hoc pactum conuentioni & contractui inest.At si dixero uendo tibi ancillā meam decem aureis,deinde incontinenti,hoc est antequamad extraneos diuertar actus,dicam,cum hoc pacto,ne prostituatur, huiusmodi pactum in ipso contractu seu conuentione non fit , sed postea,sed quia incontinenti est factum,conuentioni seu uenditioni inesse creditur,& in his terminis loquitur tex. in .d.l. lecta, nos uero loquimur,quando per stipulationem contrahitur emptio,non quando stipulatio ponitur siue in ipso contractu uenditionis,siue post incontinenti,quo casu stipulatio stat per se, & duo sunt contractus , quando uero uenditio per stipulationem contrahitur, stipulatio non stat per se, nec sunt duo contractus per se,sed emptio & uenditio contracta per stipulationem recte appellatur,ut sæpius iam dictum est.

Emptio & uenditio cum pacto seu stipulatione quando dicatur unus contractus siue duo.

Adde quod si essent duo contractus,necessario essent duæ essētiæ,& duæ substantiæ,& consequenter duæ formæ, cum forma det esse rei.l.Iulianus.ff.ad exhiben.

Forma autem in rebus non naturalibus,non est nisi compositio.ordo,& figura partium,ut colligitur ex Bar.in tractatu de alueo .§.si quid in ult.col.Arist.i.Polit. & est tex. in .l.i.§. idem Pomponius.ff.depo. Vbi erat solum vna partium compositio, & ideo unus contractus,ait enim ibi Iureconsul. si mandauero tibi,ut rem acceptam custodias , ecce una partium compositio,

ſubdit, mandati eſſe actionem, & n on depoſiti, quia hic eſt primus contractus, ibi enim poterat eſſe mandatum, quia dixit, mando tibi, poterat eſſe depoſitum, quia dixit ut cuſtodias rem, hæ enim formæ repugnantiam minimè habent, & tamen, quia non eſt niſi una uerborum compoſitio, & figura, non eſt niſi unus contractus, hoc enim apertius probatur in.l. ij. §: i. ff. loc, ubi ſi conueni cum aurifice, ut ex auro ſuo mihi anulos faciat, & accipiat trecenta, huiuſmodi uerba poterant inducere locationem & conductionem, & emptionem & uenditionem: & tamen Iureconſultus ibi ait, placet unum eſſe negocium, dicas tu hoc eſt unam formam, & ſic unum contractum, id eſt emptionem & uenditionem.

Ita in caſu noſtro, cum Iulius dixit, uendis mihi fundum certum, Fabius reſpondet uendo, licet ex interrogatione, & reſponſione poſſit eſſe ſtipulatio, & ex pretio emptio & uenditio, tamē non erit niſi unus contractus, cum non ſit niſi una compoſitio, & figura partium, aut igitur erit ſtipulatio, aut uenditio, ſed nemo eſt qui dicat, eſſe ſtipulationem tantum, erit igitur emptio & uenditio, hoc etiam patet in domo cuius forma eſt partium concinna compoſitio, & figura . d . l . eum qui ædes . ff de uſucap.

Forma domus que

At in caſu propoſito, non eſt niſi una partium compoſitio, & figura, ſi non eſt niſi una compoſitio, non eſt niſi una forma, ſi nō eſt niſi una forma, non eſt niſi unum eſſe rei & una ſubſtantia, cū quot formæ ſunt, tot neceſſario ſunt ſubſtantiæ & eſſentię forma enim rei cui ineſt, & non alij dat eſſe: ſi igitur eſt una eſſentia & una ſubſtantia, ergo eſt unus contractus & non plures.

Aut igitur eſt ſtipulatio ſola: aut emptio ſola per ſtipulationem contracta; ſtipulatio non eſt; cum certum reptium non ſit de ſtipulationis forma: ſed emptionis . §. pretium. Inſti. de emptio & uend. erit igitur emptio & uenditio l. per ſtipulationem contracta.

Et hæc ſufficiant de pacto: quod in proprium nomen contractus tranſit.

❧

CLXXIII. Declaratio quando ex contractibus nominatis, & innominatis nascatur obligatio, & quamobrem.

CAETERVM quando pactum in specie, in aliud contractus nomen non transit, subest tamen causa, uti est in illis quatuor innominatis contractibus, de quibus in. l. naturalis in prin. ff de prescrip. uer. utputa, si Titius dixerit, Fabi uis dare mihi uestem, & tibi equum dabo, si Titius dederit equum, tunc ex huiusmodi pacto nascitur obligatio. d. l. iurisgentium, uers. sed & si. ff. de pac.

Ratio quamobrem nascatur est, quod si Titius dedit equum Fabio, & Fabius ei uestem non dederit, Titius esset in damno, Fabius uero in lucro, & ideo ut res ad equalitatem, hoc est ad iustum redigatur, nascitur obligatio, & ex eo actio. qua à iudice, hoc est à iusto uiuo, Fabius cogatur ad dandam Titio uestem, ut unusquisque eorum suum habeat, ne alter sit in lucro, alter uero in damno, quod est iniustum, ut v. Ethi. & de hoc plene à nobis dictum est supra in declaratione actionum. ibi uideto.

Et nota quod tunc dicitur subesse causa, quando altera ex partibus adimpleuit, illa enim adimpletio, est causa quamobrem nascatur obligatio. & consequenter actio, ratio autem est, ne Titius sit in damno, Fabius uero in lucro id quod est iniustum, obligatio ideo nascitur, ideoque datur actio, ut iniustum & iniquitas tollatur, iustum æquitasque inter ciues seruetur v. Ethi. In cōtractibus innominatis causa obligationis est ipsa adimpletio

Animaduerte obsecro quia supra dixi ex contractibus nominatis non dari actionē, nisi ei qui ex parte sua adimpleuit, saltē per oblationem re non uerbis factam, id quod uerum esse arbitror, per. d. l. Iulianus. §. offerri. ff. de acti. emp. quæ rectè inspicienti hoc apertissime probat, dum ait, si partem pretij pferat, nondum ex empto est actio, si nondum est, ergo non habet substantiam & essentiam siue (ut aiunt) suum esse: uerbum enim est, significat substantiam & essentiam, si igitur actio nondum est, non habet essentiam, si non habet essentiam, ergo nondum est nata, quicquid enim est natum, necessario est, hoc est habet suum esse.

Sed dicet quispiam si ita est, in quo nam dicemus contractus nominatos ab innominatis differre, si in utrisque implementum ad hoc ut agi possit, necessarium est.

Omissis quę à docto. dicuntur, dicas in hoc ipso differre, q ex contractibus nominatis, statim nascitur obligatio. Inst. de obl. lig. quæ ex cons. nasc. sed ea obligatio actionem nõ parit, nisi qui saltem per oblationem adimpleuit. d. §. offerri, & licet obligatio pariat actionem. l. licet. §. ea. ff. de procu. tamen non cum primum nata est, parit actionem, quemadmodum nec fœmina: fœmina enim licet nata sit non tamen filium parere potest, nisi ex ro conceperit, ita obligatio, licet sit nata, non tamen parit actionem, nisi conceperit, saltem ex oblatione. d. §. offerri. Ratio autẽ est, ꝙ soluto pretio, uel facta re ipsa oblatione, subest æquitas, ex qua, oblatio concipere potest actionem moxque parere.

Oblĩ ex cõtracta nominato ante implementum nascitur nõ actio

At ex contractibus innominatis, antequam subsit causa, nec obligatio, nec actio nascitur, propterea ꝙ, non subest illa æquitas sed tunc nascitur obligatio, & ex ea statim actio, cum altera pars adimpleuerit, hoc est, uel dederit, uel fecerit. d. l. iuris gentium, cum primum igitur in his orta est obligatio, parit actionem.

Obli. ex cõtractu innominato ante implementum nõ nascitur actio

Sed quare in hisce innominatis non nascitur statim obligatio, quemadmodum innominatis, respon. quia in contractibus nominatis inest purus & simplex consensus, unde nasci potest obligatio. At in innominatis, non simplex & purus, sed respectiuus inest consensus, & ideo ante implementum non nascitur obligatio interim enim alterutrius deficit consensus, arg. l. fi. C. de non num. pecu. deficit enim consensus eius qui dedit & non accepit hac enim spe dedit, ut acciperet.

Sed dicet quispiam, si in contractibus nominatis, statim nascitur obligatio, & non parit actionem, nisi secuto implemento, saltem per oblationem realem, frustra nata esset, lex & natura nihil frustra operãtur. l. hæc stipulatio. §. Diuus. ff. ut leg. seu fideicom. no. ca. Aristo. i. Polit. Ad hoc dicito, eã obligationem quam plurimum operari, facit enim ne sit locus pęnitentiæ. l. sicut. C. de actio. & oblig. nam in contractibus innominatis, in quibus non statim nascitur obligatio est locus pęnitentiæ. l. si pecuniam. ff. de cond. ca. da. licet enim ei qui nihil accepit pœnitere, ratio quia huc non est obligatus, sed postquam accepit, cum sit obligatus cum pœnitere amplius nequit.

Est itaꝗ hæc differentia ꝙ in contractibus nominatis, statim nascitur obligatio, sed ex ea non oritur actio, nisi saltem re facta oblatione, quæ uim habet perfecti implementi. d. §. offerri. Ex contractibus uero innominatis, nec obligatio, nec actio oritur, ni si ab

si ab alterutra parte, re ipsa conuentio impleatur, quo facto, statim & obligatio & actio ei qui impleuit nascitur.

Item pollicitatio, uti pacti in genere sumpti, ut genus subalternum in plures diuiditur species uidelicet in emptionem & uẽditionem, locationem & conductionem, mandatum depositũ, & huiusmodi, nam si Fabius non rogatus à Titio dicat, Titi uendo tibi fundum meum centum Titius uero dicat, & ego emo, siue fiat uerbis, siue literis, siue nuncio, non refert, hæc erit emptio & uenditio contracta per pollicitationem, differtq; ab illo contractu per pollicitationem, differtq; ab illo contractu, per pactũ inito, in illa enim Titius rogauit Fabium, ut uenderet sibi fundum centum, in hac uero Fabius, ultro offert se uendaturum fundum centum, merito igitur, illa prima dicitur emptio & uenditio contracta per pactum, hæc autem per pollicitationem, in hoc enim differt pactum à pollicitatione, ut alibi dictum est, in decl. clxix. Pollicitatio species pacti

Item si Fabius dicat Titi loco tibi fundum meum centum, Titius respondeat & ego conduco, erit locatio & conductio per pollicitationem contracta. Locatio & conductio per pollicitationẽ contracta

Item si dicat, Titi depono penes te uestem meam, & Titius acceptet, erit depositum, per pollicitationem initum non aũt per pactum. Et licet huiusmodi contractus dicantur initi per pollicitationem, continent tamen pactum in genere non in specie. Si enim pactum uti genus, inest pollicitationi, ut dictum est, & pollicitatio inest emptioni & uenditioni, uti eius speciei, sequitur necessario pactum etiam ut genus, inesse emptioni & uenditioni, ualet enim, est emptio & uenditio per pollicitationem inita, ergo est pactum, quemadmodum corpus animatum sensibile, dicitur de animali, animal uero de homine & consequenter corpus animatum sensibile de homine, nam quicquid prædicatur de aliquo, prædicatur de eo, de quo illud prædicatur, valet enim est homo, ergo est animal, item, est homo ergo & corpus animatum sensibile, ita in casu nostro est emptio & uenditio contracta per pollicitationem, ergo est pactum, cum pactum insit pollicitationi, uti genus, hęc uolui de pacti speciebus summatim dicere.

CLXXIIII. Declaratio quomodo pactum nudum uestiatur, & quæ sint eius uestimenta.

RESTAT ut de pacto nudo iam tractemus, quod diximus esse unam pacti speciem,

Solet igitur, quæri quamobrem pactum, aliud nudum aliud uestitum dicatur. Et ut utrunque horum facile intelligatur, claris utendum est exemplis, quemadmodum igitur animal simpliciter sumptum, potest nudum dici, nudum inquam à specie, et differentia, sed quia animal inest ly homini, potest illud animal dici uestitum hac specie hominis, & tunc magis proprie dicitur homo, quam animal, quamuis etiam animal dici queat. Item animal inest equo, & dicitur animal uestitum hac specie equi animal itaque per se sumptum dicitur nudum, adiunctum uerò speciei, quippe illa specie uestitum dici potest.

Pactum nudum uestitũ specie alicui⁹ contractus

Ita, & de pacto dicendum est, si quidem pactum uti genus inest emptioni, & uenditioni, uti speciei subiectæ, & hac specie uestitum, dicitur magis proprie emptio, & uenditio, quam pactum licet pactum etiam dici possit, inest etiam pactum locationi & conductioni, & ea specie uestitum, locatio & conductio nuncupatur.

Inest præterea, & alijs nominatis contractibus, uti speciebus, ei subiectis, ab illisque nomen, uestimentumque accipit, hoc ipsum ait iurecons. in. l. iurisgentium. ff. de pac. dum ait, conuentio seu pactum, transit in proprium nomen contractus.

Item inest pactum uti genus, quatuor illis innominatis contractibus, qui etiam pacti species dicuntur, illisque uestitur, quando scilicet altera pars adimpleuit. d. l. iurisgentium. §. i. & his modis dicitur pactum uestitum, uestitum inquam suis speciebus, & differentijs, quæ loco formæ poni & capi possunt.

Et quemadmodum prima materia potest dici nuda, cum sit sine forma, & si forma adsit dicitur uestita. Ita pactum uti genus per se dicitur nudum, quando uerò adest differẽtia specifica, quæ est loco formæ dicitur uestitum.

In constituto inest pactum uti genus

Item pactum nudum transit in aliam speciem contractus, quod constitutum nominatur, est enim constitutum contractus nomi

natus, & sic habet proprium nomen, ut inquit Bar. in .l. iurisgentium .§. nuda pactio .ff. de pac. Huic igitur contractui, quod appellatur constitutum, inest pactum uti genus quemadmodum animal inest homini, ualet enim, est constitutum, ergo pactum, quemadmodum est homo, ergo est animal, non tamen è contrario, non enim ualet est pactum, ergo est constitutum, potest enim esse alius contractus, uestitur itaque pactum hac specie contractus, quod appellatur constitutum.

CLXXV. Declaratio quare constitutum pariat actionem.

NVNC autem uidendum est, quomodo pactum, quod inest constituto, pariat actionem, cum sit uestitum hac specie contractus, & dicendum est quod quemadmodum pactum quod inest emptioni, & uenditioni, & mandato, & similibus actionem parit, eo quod est uestitum illa contractus specie, & iccirco parit actionem, nam quando pactum in suo nomine, scilicet generis non stat, sed transit in proprium nomen contractus actionem parit d. l. iurisgentium. ff. de pac. Ratio est, quod specie illius contractus uestitum est, in constituto, pactum non stat in suo nomine, sed transit in proprium nomen contractus, nominati, ergo &c.

Constitutum enim est contractus nominatus, ut supradictum est. Ergo est pactum uestitum, & consequentur parit actionem, ut apertissime probatur in .d. l. iurisgentium, & licet ibi expressè non nominetur constitutum, tamen sub illis uerbis, cæteriue similes contractus sine dubio, continetur.

Ex his perspicuum est, constitutum non esse pactum nudum, ducatur itaque hoc modo argumentum, pactum quod transit in proprium nomen contractus, non est nudum. d. l. iurisgentium. Sed in casu nostro, pactum transit in proprium nomen contractus, quod appellatur constitutum, est enim contractus nominatus ut dictum est, ergo pactum in constituto non est nudum, si non est nudum, ergo per se parit actionem, quemadmodum & mandatum .d. l. iurisgentium.

Constitutum non est pactum nudum

Errant igitur, qui dicunt ex constituto nasci actionem ob pactorum geminationem, non enim actio nascitur ex illa geminatio

ne, ſed ex conſtituto. §. de pecunia inſti. de actio. & l. i. §. fi. ff. de conſti. pecu. Et licet conſtitutum non poſſit fieri, niſi præcedat aliquod debitum. l. i. §. fi. ff. de conſti. pecu. oportet enim ab aliquo puta Titio deberi Fabio centum ex emptione, uel ex quocunque alio contractu, deinde Sempronius conſtituat ſe ſoluturum dicta centum Fabio, Sempronius tenetur Fabio ex hoc contractu quod dicitur conſtitutum. d. §. de pecunia, non autem ex emptione & uenditione facta à Titio, Sempronius ita conſtituendo, tenetur. d. §. fi. ergo ex conſtituto, non autem ex pacti geminatione, ſi enim teneretur ex geminatione, teneretur ex emptione facta Titio, & ex conſtituto á ſe facto, & tamen tex. dicit conſtituendo tenetur, obligatus eſt igitur tam Titius quam Sempronius ad centum, Titius enim ex emptione, Sempronius uerò ex conſtituto, non autem ex geminatione.

Præterea ſi attenté conſiderentur in conſtituto non eſt pactum geminatum, nam ſi conſideras primum contractum factum à Titio eſt ſolum pactum, & non geminatum, ſolus enim eſt contractus emptionis & uenditionis, ſemelque factus, ſi conſideras pactū factum a Sempronio eſt etiam ſolum, ſemelque ab eo factum, non igitur eſt geminatum, tunc enim diceretur pactum geminatum, quando Sempronius bis, ſiue in continenti, ſiue ex interuallo conſtitueret, ſe ſoluturum dicta centum Fabio, id quod minime factum eſt.

Pactum quãdo dicatur geminatum

Adde etiam ex pacto nudo geminato, non naſci actionem, licet nonnulli ſcribentium contrarium teneant, nam ſolum pactum nudum non parit actionem, & quamobrem non pariat dictum ſupra. Dictum eſt enim hanc eſſe cauſam, quod non ineſt æquitas realis. Et ideo quemadmodum punctus indiuiſibilis, puncto adiunctus, nihil addit, nec rē diuiſibilem facit. Ita pactum nudum quod non habet realem æquitatem, licet habeat rationalem, quæ non eſt cauſa producendæ actionis, ut ſupra declaratum fuit, pacto nudo adiuncto nihil realis addit ęquitatis, & conſequenter non facit, ut naſcatur obligatio, nam inutile addito innutili non facit utile, & hæc eſt uera ut arbitror ratio, quamobrem ex pacto geminato, non naſcatur actio.

Exēplūm

Illa autem ratio quam refert Iaſ. in rub. de uerb. oblig. ff. non eſt admittenda. Ait enim ipſe, obligatio naturalis habet ſe ad actionis productionem, tanquam mater, ciuilis uerò tanquam pater. Si ergo naturalis adiungatur naturali, eſt perinde ac ſi fœmina adiungetur fœminæ: Et quemadmodum duæ fęminæ nō poſ

Iaſ. ratio

ſent parere,itanec duæ naturales obligationes. hæc ille. Hoc mihi ſemper diſplicuit, nam ut in actionum declaratione plenius diximus, antequam eſſet ius ciuile, obligatio naturalis ex contractibus iuriſgentium producebat actionem.l. cum amplius .§. is natura debet.ff de reg. iur. Vbi Iureconſultus in hæc uerba ait, is natura debet, facias ibi ſubdiſtinctionem, & poſtea accipias illa uerba cuius fidem ſecuti ſumus, deinde capias iſta uerba, quæ iuregentium dare oportet. Ex quibus uerbis manifeſtum eſt, ex naturali obligatione potuiſſe iuregentium quempiam ad dandum cogi, ſi poterat cogi, ergo erat obligatus naturaliter, ex eaq́ obligatione naſcebatur actio, qua debitor in iudicio iuriſgentiũ aſtringi poterat. Quocirca illa obligatio naturalis, antequam eſſet ciuilis, quæ longo tempore poſt fuit inuenta, pariebat actionem & non miraculosé, ut aiunt Doc. Miraculum enim eſt quod raro fit, illa uero paſſim inter omnes gentes ex eo iure pariebat actionem, uide obſecro plenius hanc materiam ſupra in declaratione xxxij.

Nunc repetentes ita dicamus, quando pactum non ineſt alicui ſpeciei, ſed per ſe ſtat in puris ſimplicibusq́ conuentionis finibus, hoc eſt quia non tranſit in aliquam contractus ſpeciem, dicitur prorſus nudum, hoc eſt nec ſpecie aliqua, nec differentia ueſtitum: Exempli cauſa, ſi Fabius ita interrogat, Iuli promittis mihi equum, Iulius uero non uerbis, ſed nutu aliisq́ ſignis promittat, uel ſi Iulius Fabio abſenti, rogantiq́ per epiſtolam ſeu nuncium promittat equum, his caſibus & Iulij & Fabij, ineſt cõuentio, & per conſequens pactum.l.i.ff.de pac. Sed quia huiuſmodi pactum non tranſit in propriam alicuius contractus ſpeciem, dicitur nudum, atq́ ita nudum ſine ueſte, adeo frigeſcit, ut concipere minime poſſit, nam ſine calore nihil concipitur, ſi non concipit, conſequenter non parit, d.l. iurisgentium .§.igitur nuda .ff.de pac. Pactũ quãdo eſt nudum

CLXXVI Declaratio quamobrem ex pacto nudo non nascatur actio.

SED audi rationẽ obsecro, quamobrẽ pactũ nudũ actionẽ n[on] pariat, Actio est ius persequendi in iudicio &c. Inst. de actio. Iudicium est iudicatio iusti & iniusti. Arist. v. Ethi. ubi igitur non est iudicium, non est actio, & iudicium non est, nisi ubi est controuersia: Est enim iudicium iusti & iniusti diiudicatio, controuersia uero tunc nascitur, cum unus est in lucro, alter in damno, & quando hoc fit, tunc recurritur ad iudicem, tanquam ad iustum uiuum, qui rem ad æqualitatem redigat v. Ethi. Vbi igitur non potest iri ad iudicem, ibi non est actio.

Iudicium quid

Pone itaq; Titium á Fabio ita rogasse, Fabi mi promittes mihi equum tuũ, Fabius uero nutu promittat, si deinde Titius uelit à Fabio equum petere, non habet actionem, propterea q; nulla est iniquitas, non enim Titius est in damno, Fabius in lucro, cum Titius nihil dederit, si non est in damno, quonam pacto conqueri potest, & qua ratione petet à iudice, ut rem ad æqualitatem redigat, cum nulla sit inæqualitas, nulla profecto ratione id facere potest. Si non potest itaq; à iudice petere, ut rem ad æqualitatem redigat, nõ erit in iudicio. iudicium. n. sine iudice esse nõ potest. c. forus, de uerb. sign. si non potest esse in iudicio, quod est iusti & iniusti diiudicatio, non potest actionem intentare, actio enim ut dictum est, ius est persequendi in iudicio &c. & hanc puto ueram esse rationem, quamobrem pactum nudum nõ pariat actionem, & de hoc pacto non loquitur tex. l. iurisgentium. §. prætor ait. ff. de pac.

Actio nascitur ex equitate hoc est ut seruetur equalitas.

CLXXVII Declaratio . l iurisgentium . §. Prætor ait. ff. de pact.

QVAERIT ingeniosus Bar. quamobrem pacta nuda non producant actionem, cum Prætor dicat, pacta seruabo, si pacta seruabit, ergo tam nuda quam uestita, ubi enim lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. l. eum de pretio. ff. de publi. act. Bar. ibi dicit, nescio soluere.

Tu uero dicas ibi, pacta accipi oportere solum pro pactis ue

ftitis, propterea φ pro pactis nudis nemo it ad prætorem, non enim itur ad prætorem, & sic ad iustum uiuum, nisi quando unus est in damno, alter in lucro, ut paulo ante declaratum est. loquitur itaq; prætor ibi de pactis uestitis, in quibus si pars adimpleuerit est in damno, quo casu ut dictum est, recurrit ad prætorem, coramq; eo exponit se aliquid fecisse uel dedisse alteri, ratione pacti, ille uero pactum nequaquam seruat, unde fit ut ipse sit in damno, pars uero in lucro, petit igitur à prætore, ut cogat illum seruare pacta. tunc prætor ait, pacta seruabo, hoc est seruari faciam, loquitur itaq; ille. §. de pactis uestitis, & ita etiam intelligi potest cap. primum & tertium. extra de pac. licet scribentes dicant ea capitula loqui de pactis nudis, uolunt enim ex pacto nudo, iure canonico actionem nasci, sed melius est ut intelligatur eo modo quo superius declarauimus. d. §. Prætor ait, & ideo loquuntur de pactis uestitis, & hoc innuit tex. c. i. dum ait, suam obtineant firmitatem, ergo habebant firmitatem, quam firmitatem Pontifex iubet seruari, si habebant suam firmitatem, ergo non erant nuda est tamen communis opinio, ex pacto nudo iure canonico nasci actionem, id quod non approbarem.

Lex prima de pactis loquitur de uestitis

At si Titius dixisset, Fabi, promittis mihi dare equum, & ego dabo tibi uestem, si Titius dedisset Fabio uestem, & sic pactum esset uestitum, cũ subit causa ut. d. l. iurisgentium. §. i. Fabius uero nollet dare equum, profectò Titius esset in damno, Fabius uero in lucro, qua re Titius posset ad iudicem, tanquam ad iustum animatum recurrere, ut rem ad æqualitatem redigeret, & consequenter cogeret Fabium ad dandam uestem, si potest hoc à iudice petere in iudicio, ergo habet actionem, cum sit ius persequendi in iudicio &c.

Dicet aliquis fortasse, nonne is qui promisit, tenetur seruare fidem, cum nihil humanæ fidei magis congruat, q̃ id quod promissum est seruari. l. i. ff. de pac. Cur igitur aduersus illum agi non potest? Dicas decere honestumq; esse multa fieri, ad quæ quis cõpelli non potest, Exempli causa, decet naturaliterq; tenemur mõstrari uiam erranti, lumen de lumine accendere, pati ab igne ignẽ capi, non prohibere aquam profluentem, consilium fidele deliberanti dare, & quæ sunt eiusdem generis, hæc Cic. i. offic. tenetur etiam natura ipsa, is qui beneficium accepit: in eum à quo accepit beneficium conferre. l. sed & si lege. §. consuluit. ff. de petitio. hæred. Arist. viij. Ethi. & tamen ut id fiat, agi non potest, eiusmo

di enim naturæ obligatio nonea est, ut necessariò is qui ita debet astringi possit. d. l. iurisgentium. §. igitur nuda.

Is igitur qui promisit licet naturali ratione teneatur promissum seruare, cum sit honestum, & ratio naturalis semper ad res honestas inuitat ii. Ethic. Sponte igitur sua id seruare deberet, ut studiosus sine metu efficeretur, sicut in heroicis temporibus fiebat, unde Ouidius

Sponte sua sine lege fidem rectumq; colebant.

Tamen is cui promissum erat, non poterat aduersus promissorem agere, propterea q nihil ipse fecit, nihilq; dedit, & ideo cū nihil ab eo absit, non potest iure ad iudicem ire, ab eoq; petere, ut rem ad æqualitatem redigat, cum ipse non sit in damno, nec est iustum ut Titius habeat uestem à Fabio promissore, ipse uero contra nihil det faciatue, si non potest igitur ire ad iudicem, nec est in iudicio, iudicium enim est dijudicatio iusti & iniusti. Ethic. si non potest esse in iudicio, non potest actionem intentare cum actio sit ius persequendi in iudicio &c. Instit. de actio. in prin.

Et hanc arbitror esse rationem, quamobrem ex pacto nudo agi non possit, & hoc ipsum est, quod dici solet, pactum seu stipulationem sine causa non ualere. l. cum de indebito in fi. & ibi not. ff. de proba. causa autem est, quando alter fecit, deditue alteri aliquid, & ita ex parte sua adimpletum est. si contra alter neq; fecerit, neq; dederit quod promissum est, is qui prior dedit, fecitue est in damno, hoc est minus habet, quam in principio habebat, is uero cui datum uel factum est aliquid, est in lucro, hoc est plus habet in bonis quam in principio habebat, & sic ut dictu est, qui in damno est, it ad iudicem, coramq; eo petit hoc est agit, nam istud petere a iudice nil aliud est quam in iudicio agere, petit inquam ut res ab ipso iudice ad æqualitatem redigatur hoc est ut neuter sit in damno, sed ut quisq; ius suum habeat. Ius autem suum tunc dicitur quis habere, quando neq; plus neq; minus habet. q̄ principio habebat, Arist. in v. Ethi. Hæc igitur est causa, quæ facit pactum & stipulationem ualere, hoc est obligationem & actionem ex pacto, seu ex stipulatione dari.

Quando quis dicatur ius suum habere

At si Fabius sponte sua, sciensq; ad id cogi non posse, soluat uestem, deinde pœnitentia ductus, uelit eam repetere exceptione repelletur. d. §. igitur nuda, nam cum sponte dederit, perinde est ac si donasset. l. cuius per errorem. ff. de reg. iur.

Vel dicas si à te quæratur, quamobrem pactum nudum non

parit

parit actionem, & tu ab eodem quæras, quamobrem ante Augustum fideicommissa peti non poterant, hodie uero possunt, ipse nil aliud respondere poterit, nisi quia nondum à ciuitate, uel Imperatore constitutum. Inst. de fideic. hæred.

Item quæras quamobrem ante hæredis institutionem olim legari non poterat, hodie uero potest. §. ante hęredis institutionem Instit. de lega. quid ad hoc respondeat non habebit, nisi quia nondum erat constitutum seu ordinatum.

Quamobrem ante hæredis institutionem olim legari nõ poterat hodie uero põt

Item cur ante Vespasiani Augusti tempestatẽ, quarta ex fidei commissis retineri non poterat. §. sed quia. Inst. de fideic. hæred. Nil aliud dici potest q̃ quod constitutum non erat.

Rursus cur ante Augusti tempora codicilli non ualebant. Inst. de cod. nullam aliam ob causam nisi ꝙ ordinatum seu constitutum non erat,

Item quamobrem ante diui Claudij tempus mater non poterat filiis succedere, quid aliud responderi potest, nisi quia nondũ erat constitutum.

Item quamobrem ante Gallum Aquilium, posthumus alienus institui non poterat, nil aliud responderi potest, nisi quia nondum a ciuitate, uel imperatore, uel Iureconsulto constitutum fuerat, sed postea à Gallo Aquilio ingeniose constitutum fuit ab eoq́ formula qua posthumus alienus posset institui composita fuit. l. Gallus. ff. de lib. & posth. & ita dicendum in mille huiusmodi.

Posthum⁹ alien⁹ quare olim nõ poterat institui

Eodem modo si quæratur cur ex pacto nudo non datur actio respondendum est, ideo hoc fieri, ꝙ nec a ciuitate, nec a principe est ordinatum seu constitutum, ut ex pacto nudo competat actio. Sed si dicas nonne ex pacto nudo in donatione datur actio, utiq́, propterea ꝙ ita ab Imperatore constitutum est. l. si quis argentum. C de dona. Ius enim ciuile seu lex, quid aliud est nisi quod ciuitas seu princeps constituit. §. ius autem, Inst. de iu. na. ge. & ciu. & Arist. i. Pol.

Et licet ius naturale semper & ubiq́ eandem habeat uim: ius autem ciuile non semper est idem. §. sed naturalia. Inst. de iur. na. ge. & ci. & a principio nihil refert sic an aliter se habeat, cum uero positum fuerit, refert seruariq́ debet. Arist. ũ Ethi. Potest. n. legislator hoc modo, uel illo modo legem constituere, omnia. n. quæ a facultate ferendarum legum sunt diffinita, legitima sunt, & horum unumquodq́ iustũ esse dicimus, si iustum, ergo seruãdum. Arist. v. Eth.

Sed si quæratur cur magis constitutum est ex pacto nudo, in donatione oriri actionem, quam in aliis, dicas hac ratione fortal se factum esse, quod donatio fit ex liberalitate. l. i. ff. de dona. Liberalitas autem est uirtus moralis iij. Ethi. uirtus uero moralis facit bonum habentem, & ipsius opus reddit bonum ij. Ethi. Voluntas legumlatoris est efficere bonos ciues, Arist. eodem libro & l. i ff. de iust. & iur. Hanc ob causam Imperator uoluit ut is qui donare promittit, promissum seruare compellatur, ut studiosus efficiatur, opusque uirtutis exerceat, & si tibi melior occurrerit ratio, eã teneas, ego ueroquam potui tibi demonstraui.

Pactum nudum in donatione actionem parit

Habes ex supradictis quamobrem pactum dicatur uestitum, & quamobrem pactum nudum non pariat actionem, Doc. tamen aliter sentiunt, tu tamen solerti tuo ingenio cuiuis adhæreto.

CLXXVIII. Declaratio quo iure introducta sit stipulatio.

QVAERVNT etiam scribentes in rubrica de uerb. oblig. quo iure introducta sit stipulatio, dicas tu, sine dubio ciuili iure introductam fuisse. §. de pecunia. Inst. de actio. & l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. Vbi Iureconsultus ait, emptiones uenditiones, locationes, & conductiones iuregentium fuisse introductas, cæterosque contractus, exceptis quibusdam, glos. ibi super uerbo quibusdam, dicit, uti est uerborum & literarum obligatio.

Quod autem stipulatio fuerit omnino iure ciuili introducta, ita probatur, Vnaquæque res, eo iure est introducta à quo habet formam, sed stipulatio habet formam a iure ciuili, ergo a iure ciuili est introducta: Maior ita probatur, res antequam habeat formam, non est, cum forma det esse & nomen rei, nomen inquam appellatiuum. l. Iulianus. §. si quis. ff ad exhiben: & Bart. in tractatu de alueo. Minor ita ostenditur, forma stipulationis est uerborum solennitas. Inst. de uerb. oblig. §. i. quam iure ciuili introductam esse nemo est qui neget, si quidem forma illa, hoc est uerborum solemnitas, cum nec iure naturali, nec iuregentium introducta sit, necessario iureciuili constitutã ẽe fateri oportet. dicito ergo ita stipulatio a iure ciuili formam habuit, ergo est de iure ciuili.

Vna quæque res eo iure est introducta a quo habet formam

Sunt nonnulli qui hoc fatentur, dicunt tamen habuisse origi-

nem á iuregētium, id quod conantur oſtendere, conuentio eſt de iuregentium.l.iuriſgentium.ff.de pac. ſed conuentio ineſt ſtipulationi.l.i.ff.de pac.ergo ſtipulatio quo ad conuentionem originem à iure gentium traxit.

Pro ſolutione,ita dicito,nullum uniuerſale per ſe habet eſſe, niſi intellectuale, ſed habet ſubſtantiam & eſſe ſuum in primis ſubſtantijs,hoc eſt in indiuiduis, nam non exiſtentibus primis ſubſtantijs,impoſſibile eſt aliquid uniuerſale remanere. Ariſt. in prædica.ſubſtantiæ. Vniūerſale hēt ſuum eē in īndiuiduis

Exempli cauſa, animal non reperitur niſi in hoc uel illo indiuiduo: quamobrem remotis omnibus animalis indiuiduis, hoc eſt primis ſubſtantijs,non reperiret̄ animal: Item remotis omnibus hominibus,homo in ſpecie præterquam in intellectu non inueniretur. niſi ponas Platonis Ideas quas Peripathetici reprobant.

Item animal quod eſt in Petro,non eſt illud animal in genere & animal in Petro, & non fuit antequam eſſet Petrus, ſed cum primum fuit Petrus,fuit illud animal, quod eſt in Petro, omnia animalia fuerunt creata,antequam eſſet creatus Adam,& ſic reperiebatur animal ſexto die fuit creatus Adam, qui erat homo, & conſequenter animal, ſed illud animal quod erat in Adam, non fuit ante ſextum diem, ſed fuit introductum ſexto die: quemadmodum & Adam,appellatumq́ fuit animal humanum, & licet Adam in ſe haberet animal, tamen illud animal humanum non poteſt dici originem habuiſſe ante ſextum diem, eo quod illud animal,quod eſt in Adam,fuerit ante. Animal quod ē in petro non eſt illud animal in genere

Ita in caſu noſtro,licet conuentio fuerit de iurēgentium,antequam eſſet ſtipulatio, tamen iſta conuentio quæ eſt in ſtipulatione non fuit,antequam eſſet ſtipulatio: quemadmodum illud animal humanum,quod erat in Adam, non fuit ante ſextum diem, & ſic antequam eſſet Adam,aliud eſt animal in Adam, aliud in equo,& aſino,licet genere ſit idem.

Item illa conuentio,quæ eſt in ſtipulatione, fuit introducta à iure ciuili,ſimul cum ſtipulatione, nec eſt illa quæ erat de iuregē tium,& ſi diceres illud animal in Adam fuiſſe ante ſextum diem faceres cum philoſophis litem tuam.

Ex ſupradictis perſpicuum eſt,ſtipulationem, & quo ad formam,& quo ad conuentionem eſſe iure ciuili introductam, nec originem a iuregentium habuiſſe. Stipulatio non habet originem a iure gentium

Nec obſtat id quod ſolet de teſtamento adduci,aiunt enim te

ſtamentum a iure gentium originem duxiſſe, Bar in .l. interdum .ff. de cond. indeb. uerum profecto eſt teſtamentum a iure gentiu originem accepiſſe, quia eo iure aliquid formæ & conſequenter eſſe, & ſubſtantiam habebat, forma autem erat coram duobus teſtibus hæredis inſtitutionem declarare, quod eſt caput teſtament Inſt. de leg. §. ante hæredis inſtitutionem. Si igitur iuregentium habuit formam, ergo & eſſe, poſtea uero iure ciuili aliam accep formam. Inſt. de teſta. & conſequenter aliud eſſe, cæpitq; e alia ſpecies, quæ ſpecies ex iure ciuili dici poteſt, nam quando aliquid a iure ciuili iurigentium additur, fit noua ſpecies, ut inquit Bar. in tractatu de alueo, & illud a iure ciuili eſſe dicimus .l. ius ciuile. ff. de iuſt. & iur.

Erit igitur teſtamentum uti genus, cuius duæ ſunt ſpecies, una ex iure gentium, quæ fit coram duobus teſtibus non rogatis, huiuſmodi teſtamentum etiam hodie a patre inter liberos fieri poteſt, ut tenent Doc. Altera eſt ſpecies de iure ciuili, quæ fit coram ſeptem teſtibus rogatis &c.

Itidem de matrimonio dici poteſt, fuit enim iure naturæ & gentium, habebat enim formam illi tempori conſentaneam .l. i. .§. ius naturale. ff. de iuſt. & iur. deinde fuit addita alia forma de iure ciuili, & iure canonico, & conſequenter facta eſt alia matrimonij ſpecies, quæ ex iure ciuili, ſeu iure canonico dici poteſt.

At stipulatio iure gentium nullam habuit formam, & conſequenter nec eſſe, nec ſubſtantiam, ſi non habuit eſſe, eo iure, ergo non erat, ſi non erat, ergo non poterat ex eo iure habere originem id enim quod originem habet, eſt utique, alioquin non poſſet originem habere, quia quod nihil eſt, nihil habere poteſt.

CLXXIX Declaratio quare ſtipulatio potius denominetur à uerbis quàm à conſenſu.

QVAErunt præterea ſcribentes in hoc titulo de uerb. oblig. quam obrem ſtipulatio potius a uerbis quam à conſenſu denominet, aut ego non intelligo quid dicant, aut eorum

quæstio uana est, si enim quærunt, quamobrem stipulatio magis à uerbis nominetur, quam alij contractus, tunc nihil quærunt, cum tam stipulatio, quam alij cæteri contractus, à proprio denominentur uerbo. Nam quemadmodum emptio & uenditio, ab emo et uendo & locatio & conductio, à loco & conduco, depositnm à depono, commodatum à commodo, mutuum à mutuo appellantur ita & stipulatio à stipulor, ris ꝙ tam interrogo quam promitto significat, non differt igitur stipulatio ab alijs in hoc.

Sed arbitror eos uoluisse hoc quærere, cur obligatio, quę nascitur ex stipulatione magis à uerbis quam à consensu nominetur, dicitur enim uerborum obligatio. Insti. de uerb. oblig. &. ff. & tamen utrumqꝫ inest stipulationi, hoc est, & uerba, & consensus, quod insint uerba, nemo est, qui neget. ꝙ autem insit consensus, patet in. l. i. ff. de pac. ubi iureconſ. in hæc uerba ait, nam & stipulatio, quæ uerbis fit, nisi habeat consensum, nulla est: Quãobrem igitur ea obligatio, quæ proficiscitur à stipulatione, non dicitur contrahi consensu, sicut ea quæ nascitur ex emptione & uenditione, Insti. de oblig. quæ ex conſ. Et ad hoc tendunt ea quæ scribentes ad quæstionem respondent, responsio inferius & uera quidem apparebit.

CLXXX. Declaratio, quare aliæ obligationes dicuntur uerbis, aliæ consensu, aliæ re, aliæ rei interuentu nasci.

NON est ignorandum, in omni re, siue naturali, siue artificiali, quatuor reperiri causas, efficientem scilicet, materialẽ formalem & finalem, exempli causa in arboribus, causa efficiens, est ipsa natura, idest Deus, causa materialis, est corpus arboris, ex quatuor compositum elementis, causa formalis, est anima uegetatiua, ut dicit Bar. in tractatu de alueo, causa uerò finalis est, ut fructus hominum causa producant. §. in pecudum. Insti. de rerum diuiſ. Aristo. in. i. Polit. Causæ quatuor in omni re cõposita reperiũtur

In artificiali, ueluti in domo, causa efficiens, est faber, siue ædificator, causa materialis remota, sunt ligna, saxa & huiusmodi, causa uero materialis proxima, est tectum, paries, & solum, causa formalis, est illa partium consumata compositio, & fi-

gura.

Item in homine, causa efficiens, ipse Deus, materialis, est corpus, ex quatuor compositum elementis: causa uero formalis, ipsa anima rationalis, ut dicit Bar. in. d. trac. de alueo, ex corpore enim, & anima rationali fit homo, & ubi non reperitur materia, genus est loco materiei, & differentia loco formæ, unde animal in homine est loco materiei, differentia, hoc est rationale, loco formæ. Causa uerò finalis in homine, est ut habeat uitam æternam. Ioan. c. vi. qui credit in me, habet uitam æternam.

Ita in contractibus, conuentio, uti genus, quæ inest illis, est loco materiei, differentia, qua unus, ab altero differt, loco formæ habetur.

Operatio rei & effectus nascit a forma

Præmitto etiam, à propria cuiusque rei forma, nasci ipsius operationes, & effectus, nam ab anima uegetatiua, uti arborum forma, nascuntur arborum operationes, & effectus, illa enim operatur, ut arbor florescat, frondescat, fructus ferat, generetque similes plantas.

His præmissis, uidendum est, quæ sit materia, & forma in emptione & uenditione, dico conuentionem, & consequenter consensum: qui illi uti genus inest, ut. l. i. ff. pac. esse loco materiei.

Consensus per se consideratus nō habet esse reale

Huiusmodi enim consensus, qui est in conuentione, uti in genere, si non consideretur in aliqua contractus specie, est simplex & mentalis, nullamque substantiam nisi mentalem, siue imaginatiuam habet, sed postquam transit in contractum, ut puta in emptionem & uenditionem, informatur, estque alius consensus in specie, ab eo quod est simpliciter in genere, ille uero est simplex & informis, hic autem formatus.

Nam huiusmodi contrahentium consensum, de re certa tradenda, esse oportet, debet enim apparere, quid quale, quantumue sit quod uenditur. l. necessario. ff. de peric. & commod. rei uend.

Item consensus de pretio certo, & in pecunia numerata præstando. §. pretium & . §. item pretium. Insti. de emp. & uend. sanè formatus est & ita dat esse emptioni & uenditioni. Insti. de emp. & uend. in prin. ubi dicitur emptio & uenditio contrahitur simul atque de pretio conuenerit, nota illud uerbum contrahitur, quod perinde est, ac si diceret, substantiam capit, capit igitur substantiam, statim cum de pretio consensum est, ergo consensus de certa re, deque certo pretio, est forma, quæ dat esse, et substantiam

ipsi contractui .l. Iulianus.§.si quis.ff. ad exhiben,& Bar.in.d. tractatu de alueo. Consensus igitur ita formatus,dat esse emptioni & uenditioni,estque eius forma,& a forma,ut dictum est,fiunt operationes,effectusque rei.

Hanc ob causam obligatio ex emptione & uenditione, quæ ex consensu ueluti a forma propria nascitur. Insti. de obli. quæ ex cons.nas. dicitur consensu contrahi, proptereaque nil aliud præter eiusmodi consensum,ita formatum ad substantiam emptionis & uenditionis requiritur,non enim partium præsentia opus est, cum inter absentes per epistolam,uel per nuncium contrahi possit,nec rem tradi,nec prætium numerari oportet, sed ad substantiam emptionis & uenditionis solus consensus de re tradenda, deque pretio in pecunia numerata præstando sufficit. Insti. de oblig. quæ ex cons.fi. — Obli.ex emptione & uēditionē nascitur ex cōsensu uti a forma

Item dicendum est de locatione & conductione,cuius forma est consensus,de re certa utenda,deque certo pretio innumerata pecunia soluendo. Insti.de loca.in prin.Hanc ob causam eius obligatio,dicitur consensu contrahi,cum nil aliud requirat ad eius substantiam præter eiusmodi consensum ut supra formatum. — Forma locationis & cōductiōis in quo cōsistit

Itidem est de societate,in qua,consensus de aliqua negotiatione exercenda,siue de omnibus bonis communicandis de lucro, seu quæstu diuidundo dicitur formatus,estque societatis forma, a qua obligatio proficiscitur,quæ consensu contrahitur, consensu inquam,non simplici,sed formato,ut supra, a forma enim nomen scilicet appellatiuum ducitur,ut dicit Bar. in.d.tractatu de alueo.

Hæc eadem possunt in mandato accommodari, item in commodato deposito,& mutuo,obligationes dicuntur contrahi re, ut Insti. quib. mod.re contrah.oblig.hæ enim obligationes dicuntur re contrahi,eo quod res dat eis formam,quippe cum consensus in commodato mutuo, & deposito,non dicatur formatus,nisi postquam res est data commodo,uel mutuo uel deposita est: a re igitur substantiam capiunt: et a re uti a forma obligationes nominantur.

Eodem modo in stipulatione dicendum est:nam licet in ea adsit conuentio:& consequenter consensus: uti genus;ut.d.l.i.ff.de pac. tamen ille consensus uti genus est loco materiei : ut dictum est supra:& a materia nō ueniunt operationes: siue effectus : sed a forma:ut supra demonstratum est.

Hanc ob causam obligationes quæ proficiscuntur a stipulatio

ne,non dicuntur contrahi,seu nasci ex consensu, cum consensus non sit uti forma,sed uti materia,forma autem est quædam uerborum conceptio,& solennitas.l.v.§. stipulatio.ff.de uerb oblig. Insti. eo.tit.§. in hac. stipulator enim concipiebat quædam uerba,quibus uolebat sibi dari,fieriue, oportebantq; à promissore per eadem uerba responderi, si enim per alia uerba responsum esset, stipulatio nequaquam ualebat, nam si stipulator dixisset spondes,oportebat responderi,spondeo, si autem respondisset promitto,olim non ualebat.§.i. insti. eo. quæ solennitas postea sublata fuit ut ibi,in uers. sed hæc solennia uerba.

Forma stipulationis in quo consistit

Cum igitur uerborum solennitas esset stipulationis forma,merito ab ea,ueluti à substantia stipulationis,obligationes nasci,nominariq; dicuntur,appellantur enim uerborum obligationes,eo q; à uerbis,ueluti à forma natæ sint,a forma enim non autem à materia,operationes,effectus, nominaq; proueniunt, ut diximus, & Bar. in.d.tractatu de alueo.

Forma obligationis literarum.

Item dicendum est, de literarum obligatione, nam quando quis in scriptura confitebatur accepisse pecuniam, quam reuera non acceperat,promittebat literis,seu scriptura se restituturum, in huiusmodi scriptura aderat conuentio, & consequenter consensus,uti genus,& sic loco materiei, & a consensu tanquam a materia,nec effectus,nec nomen proficiscitur,ut sæpius dictum est, hanc ob causam non dicitur obligatio contrahi consensu,aderant & literæ loco formæ a quibus obligatio nascebatur,nomenq; ex eis,uelluti ex forma accipiebat, & ob id dicebatur literarum obligatio.

Ex supradictis habes studiose lector, quamobrem quædam obligationes dicantur consensu contrahi, quædam re, quædam uerbis,literis quædam.

Sed dicet quispiam nonne sunt obligationes quædam,quæ interuentu rei contrahi dicuntur, ut in illis quatuor contractibus innominatis, de quibus in .l. naturalis de præscrip. uer. ff. sunt profecto & in illis rei interuentus est forma, a qua nomen accipiunt, ut in alijs dictum est.

Declaratio

CLXXXI. Declaratio, in quo differat contractus, qui re contrahitur, ab eo qui rei interuentu.

Oblig qua re contrahitur int quo differat ab ea que rei interuētu

QVAERI solet, in quo differat contractus, qui re, ab his, qui rei interuentu contrahuntur, glos. in. l. iurisgentium in .§. quin immo, dicit, eos qui re contrahuntur, una cum re contrahi, eos uerò, qui rei interuentu contrahuntur, posse multo post cōtrahi, ut puta si hodie tecum de re permutanda conueniā eamq; post aliquot dies tradam ita ait glos.

Sed dicat obsecro, nonne possumus prius conuenire, de re penes te deponenda, & post dies aliquot eam deponam, & ita non differret is qui re, ab eo qui rei interuentu contrahitur.

Tu uerò dicas contractum dici re contrahi, quando eadem res, uel in specie, uel in genere, eadem bonitate, qualitateq; reddenda est, ut puta, in deposito, si depono penes te uestem, eadē mihi uestis, actione depositi restituenda erit, ut tot. tit. depos. si commodo tibi equum, idem equus numero, commodati actione reddendus est, tot. tit. commod. Si do tibi mutuo frumentum, idē frumentum, si non numero, saltem in genere, eadem bonitate, & qualitate, & mensura reddendum est.

In contractibus uerò, qui rei interuentu contrahi uidentur, nō redditur eadem res, nec in numero, nec in genere, sed alia penitus diuersa danda est, ut puta dedi tibi uestem, ut des mihi equum, non enim, ea intentione, do uestem, ut eandem uestem recipiam, sed ut detur mihi equus, ad quem dandum mihi obligatus es. l. naturalis. ff. de præscrip. uer.

At si me pæniteret, possum uestem repetere. l. si pecuniam. ff. de condi. cau. da. cau. non se. attenditur tamen quod principaliter agitur, & non id quod per consequens contingit. l. i. ff. de auc. tut. & sic de alijs innominatis. d. l. naturalis. Hanc igitur ob causam, hi contractus dicuntur rei interuentu contrahi, quia res interuenit, non restituenda eadem, illi autem non rei interuentu, sed re, dicuntur contrahi, quia res interuenit, eademq; restituenda est, hanc differentiæ rationem ueram esse existimo.

Quare autem stipulatio dicatur uerborum conceptio, & qua-

re sit stricti iuris, & quare fuerit inuenta, uide supra in declaratione, quare contractus dicantur bonæ fidei, & quare stricti iuris.

CLXXXII. Declaratio an stipulatio contracta per Epistolam, inter præsentes ualeat.

SOLET dubitari, si præsens, præsentem per epistolam, seu chirographum interroget, puta si quis per epistolã dicat, promittis, mihi dare equum, alter etiam per epistolam ita respondeat, promitto tibi dare equum, an eiusmodi stipulatio ualeat. Quod non ualeat, ostendit tex. in. l. i. ff. de uerb. oblig. ubi in hæc uerba Vlpianus ait stipulatio, non potest confici, nisi utroque loquente, hæc ille, & qui scribit, non loquitur, ergo &c.

Quod autem ualeat, ita ostendi potest, stipulatio fit uerbis, est enim uerborum conceptio. l. v. §. stipulatio. ff. de uerb. oblig. Valet enim argumentum a diffinitione, sed ea quæ scribuntur in epistola, sunt scribentis uerba. l. solent. §. fi. ff. de offi. proconsl. & leg. ibi, cuius epistolæ uerba hæc sunt. & . l. i. un. legi. ibi, hæc uerba, edicti, & . l. i. de assignan. liber. ibi, in senatusconsulto, in hæc uerba cauetur, facit tex. in. l. non figura. ff. de actio. & oblig. ubi dicitur, non minus ualere quod scriptura, quam quod uocibus lingua figuratis significaretur.

Scribentes in. l. i. de uerb. oblig. uarie de hoc loquuntur, sed pro ueritate sciendum est, a principio, & cęlum, & terram, et omnia quæ in eis sunt, ab omnipotenti Deo creata fuisse Gene. pri. Res uero a terra aereque uerbo Dei productæ suis nominibus uocabãtur, Adam enim rerum omnium, & scientias, & ideas habens a Deo infusas, nomina omnibus rebus, rerum proprietati consentanea imposuit, nomina inquam appellatiua, quibus nominibus omnes ab Adã usque ad Noe, & a Noe usque ad Babyloniæ turris ædificationem utebantur, quam quidem turrim filij Noe eorumque liberi ædificarunt, ibique eorum lingua fuit confusa, & quemadmodum erant septuaginta duæ familiæ, ita septuaginta duabus linguis deinde usi sunt, ut abunde supra dictum est, in decl. cxxvij.

Nomina fuerunt imposita reb⁹ ab Adam

Et necessario nomina, quæ & uerba etiam dicuntur, inuenta

fuerunt,ut his unusquisq; posset animi sui uoluntatem demonstrare,hinc Celsus iureconsultus in.l.Labeo.ff.de suppel.leg.ait, quorsum sunt nomina? nisi ut demonstrent uoluntatem dicentis.

Hanc ob causam,natura quæ nihil frustra facit,quibusdam animalibus dedit uocem tantum,uox enim molesti atq; iocundi signum est,quapropter omnibus animalibus existit,huc usq; enim natura in his processit,ut sensum habeant iocundi & molesti, & hæc inter se significare possint,unum quodq; enim animal uoce alterius in sua specie intelligit,quibusdam uero dedit sermonem homo enim solus omnium animalium habet sermonem, qui ad hoc datus est nobis,ut ostendamus utilitatem,& damnum bonũ & malum,iustum & iniustum, & alia huiusmodi,ut puta animi conceptus,hæc Aristo.i. Polit.cap.ij.ad uerbum. Quare homini soli ẽ datus sermo

Sunt igitur inuenta uerba ad demonstrandam dicentis uoluntatem,sed quia nemo quicquam dicit,quod prius mente,non agitauerit,siue conceperit:ut ait Celsus in.d.l. Labeo. Prius igitur, id quod uolumus dicere,mente concipimus,exempli causa si uolo dicere promittis mihi equum,prius in mente concipio quandam equi similitudinem seu imaginem istius uocis promitto, & istius uocis equi , ex quibus facio unum conceptum in mente, quod appellatur uerbum mentale, ut dicunt expositores in illo euangelio,In principio erat uerbum. Verbum mentale quid

Hoc autem uerbum mentale non potest ab alio homine,intelligi nisi foras mittatur,seu exprimatur : Duo igitur inuenta sunt instrumenta ad id faciendum,uoces inquam & literæ, uoces lingua literæ penna,seu calamo figurantur.Hinc est,q; uoces,exprimentes illud mentis conceptum,quod appellatur uerbum mentale,dicuntur uerba & literæ exprimentes illud idem,dicuntur etiã uerba.d.l.non solent,§.fi.ibi,cuius epistolæ uerba hæc sunt,&.d.l.i.un.legi.

Nec refert ad hoc,ut conceptus ille, seu uerbum illud mentale alteri demonstretur an uocibus lingua an literis calamo figuratis exprimatur,utroq; enim modo idem significatur , & hoc uoluit Iureconsf.in.l.non figura.ff.de actio.& oblig.Nam ita,me intelligis,si scriptura dico promittis mihi equum,ac si uocem id dicerem,idem enim & uoce,& scriptura significatur,in hoc solum est differentia,quod ea quæ scriptura exprimuntur, non possunt nisi oculorum sensu percipi,ea uero quæ uocibus proferuntur,nõ oculorum, sed aurium sensu percipiuntur,nõ est hoc demonstrã

dum quia patet, unde Virgilius in sexto ait, quin protinus omnia perlegerent oculis. Et ut dictum est, tam ea quæ uocibus, quam ea quæ literis exprimuntur, uerba dici possunt, ea ratione, quod & literæ, & uoces uerba prius mente concepta exprimunt cum igitur tam scriptura, quam uoces sint instrumenta ad exprimendum animi conceptum, eo fit, ut tam scriptura, quam uocibus loqui quis dicatur .l. Miles ad sororem. ff. de leg. ij.

Statutum puniens cum bānito loquēte habet locum ī scribente

Quamobrem, si statutum puniat loquentem cum bannito, punietur qui scriptura loquitur, perinde, ac si uoce cum eo loqueretur utroque enim modo animi sui conceptum demonstrat.

Sed ius ciuile, quod stipulationis contractum inuenit, uoluit, ut stipulator prius conciperet mente id, quod sibi dari, fieriue cupit, hanc ob causam stipulatio dicitur uerborum conceptio. d.l.v.§.stipulatio: Exempli causa, Titius uult sibi promitti dari equum à Fabio, prius mente concipit hanc orationem, uidelicet, Fabi promittis mihi equum, & tam Fabi, quam promittis, quam equum, dicuntur animi conceptus, & hęc uerba, Fabi promittis mihi equum ita in mente ordinata, dicuntur uerba mentalia, seu animi conceptus, ut ex supradictis apparet, & quia Fabius non potest mentem Titij penetrare, nec potest quid sibi uelit Titius, intelligere, ideo necessarium est, ut Titius exprimat illum conceptum per instrumenta, hoc est per scripturam, uel uoces, utrunque enim est instrumentum ad id faciendum accommodatum.

Sed ius ciuile in stipulatione contrahenda constituit, ut ille cōceptus, seu illa uerba mentalia ita concepta exprimantur solum uocis instrumento, idque de forma stipulationis esse uoluit, ut patet in.l.i.de uer.obl.ff. dum ait, neque mutum, neque surdum stipulationem contrahere posse, subdit rationem quoniam inuicem exaudire se debent, uult igitur, ut uerba illa prius mente concepta exprimantur, eo instrumento ut audiri possint, auribusque percipi hoc autem sunt uoces lingua figuratæ. d.l. non figura, nam si literis seu scriptura exprimerentur, non audirentur, sed legerentur, non igitur auribus, sed oculis perciperentur.

Hanc igitur ob causam stipulatio inter præsentes per epistolā contrahi non potest, nam ut dictum est, uerba aurium non oculorum sensu in stipulatione contrahenda, percipi debent, id quod pro forma est inductum, & ideo neque mutus, neque surdus stipulari potest, eadem ratione, neque absens, quia absens non potest uerba absentis auribus percipere.

Sed si diceres quam ob causam stipulationis inuentores, uoluerunt illum mentis conceptum, seu uerba mentalia potius uocis instrumento q̃ literaum exprimi? Respondeo, instrumentum uocis esse naturale, instrumentum uerò literarum accidentale, sed magis naturale q̃ accidentale inspiciendum est, uoces enim omnibus hominibus datæ sunt, sed pauci sunt respectiue qui literas sciant. & stipulatio est contractus, qui frequenter in hominum commercijs uersatur, idcirco eligendum fuit instrumentum omnibus hominibus commune, si enim stipulatio deberet literis contrahi, pauci eam contrahere possent. Et si diceres sunt nõnulli qui & hoc uocis instrumento carent, ut muti, quamobrem uocis instrumentum non est omnibus commune. Respon. raros esse, qui uoce careant, & ius ad id quod frequenter accidit accommodat̃ .l. nam ad ea .ff. de legi.

Ratio quare legum lator constituit stipulari nẽ uerbis quã literis

Rursus si quæras quamobtem non constituerunt utroq; instrumento, stipulationem posse confici.

Et ego a te quæram, quamobrem non constituerunt in codicillis duos uel tres tests sufficere, & in testamentis quinq; cum hoc facilius fieri posset. uel ad euitandam falsitatem: non constituerunt octo seu decem.

Et ideo dicas ius naturale ubiq; habere eandem uim, & non quia uel ita uidetur: uel minime. Ius uero políticum seu ciuile a principio utrum hoc an illo modo fiat, nihil refert, sed postquã est institutum multum refert, seruandumq; est. Arist. v. Eth. In multis igitur in iure politico id est ciuili sufficit respondere, quia ita legumlatores uoluerunt, non omnium enim quæ a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest. l. non omnium. ff. de leg Cum enim scimus quia ita est: non est opus ipso cur. Aristot. i. Ethic.

CLXXXIII. Declaratio, quare interrogatio debeat præcedere in stipulatione

SOLET quędam quæstiuncula in ore legentium frequenter uersari quæ ea est, quamobrem iuris lator constituerit interrogationem in stipulatione debere præcedere, quidam ut Raphael & Paulus dicunt, ea ratione id esse receptum, ut magis demonstraretur animus, consensus, deliberatioq; & alij hoc sequuntur.

Quibus necessultat recte delibe rat.

Si hæc ratio esset uera posset quis longo ex interuallo respondere, quo enim plus temporis daretur ad respondendum, eo deliberatius responderetur, qui enim bene consultat, recte deliberat & ad consultationem longum temporis spatium est adhibendi Arist. vi. Eth. Et tamen si quis post interrogationem aliud agere cæperit, & ex interuallo respondeat, stipulatio non ualet, non est igitur ea ratio, ut quis magis deliberate respondeat.

Ego uero ea ratione id factum esse existimo, quod antequam esset inuenta stipulatio, erant contractus iurisgentium .l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. qui bonæ fidei contractus dicebantur. §. actionum autem. Inst. de act.

Cōtractus quare dicātur bonæ fidei

Hac appellatione bonæ fidei, ideo dicebantur quod in eis bona fides contrahentium uersabatur, homines enim in contrahendo dicebantur, quomodo agemus? ut inter bonos agier oportet, ita agamus, ut refert Cicero in iij. offic. & ex his uerbis dicti sunt contractus bonæ fidei, homines enim boni inuicem confidebant, & alter alterius fidem sequebatur. Hanc ob causam multa in bonæ fidei contractibus ueniebant, quæ minime erant expressa, nam uenditis ædibus, seræ, claues, claustra, putealia, & huiusmodi emptori cedebant, licet eorum mentio minime facta esset.

Item uendito fundo etiam multa ueniebāt, de quibus expresse non erat conuentum, utputa sterquilinia stramenta & instrumenta nonnulla. l. fundi. ff. de act. emp. Hæc & eiusmodi licet nō essent expressa, tamen iure gentium in contractibus bonæ fidei sine controuersia ueniebant, deinde cæpit inter contrahentes oriri controuersia, de aliquo non expresso ueniret an non, adeo ut crebræ apud Iurisconsultos à contrahentibus, super hoc uersarentur controuersiæ.

Ad has igiaur controuersias tollendas ciuitas Romana decreuit inuenire contractum, in quo tantum deberetur, quantum esset expressum, & ut hoc fieret inuenit stipulationem, in qua nisi stipulator palam uerbis exprimeret, id quod sibi dari, fieriue cuperet, omissum esse intelligeretur .l. quicquid astringendæ. ff. de uerb. oblig.

Hanc ob causam constituit, ut stipulator deberet prius uerba concipere, quibus id quod sibi uellet dari fieriue exprimeret, promissor item deberet per eadem uerba respondere: Inst. de uer. oblig. §. i, quæ uerba dicebantur solennia, hinc fit ut stipulatio dicatur uerborum conceptio. l. v. §. stiputatio. ff. de uerb. oblig. Is enim qui interrogabat, ut dictum est, concipiebat quædam uer-

ba,quibus is qui interrogatur, daturum facturumue se id quod interrogatus est, respondet. Ex quibus uerbis apparet promissorem debere,per eadem uerba respondere dum ait, quibus is qui interrogatur &c,Si igitur promissor debebat per eadem uerba respondere,necessarium erat, ut stipulator prius conciperet uerba,quibus interrogaret,& consequenter opus erat præcedere interrogationem , quo nam pacto interrogatus potuisset per eadē uerba respōdere,id quod facere debebat,nisi prius ab intersogāte fuissent uerba concepta,& interrogando expressa. Hæc igitur est ratio ut arbitror,quamobrem debeat interrogatio præcedere,uidelicet ut interrogatus posset per eadem uerba respondere, utputa si Titius dixisset,Fabi promittis mihi equum cum ephippio, Fabius respondere debebat , promitto equum cum ephippio. si dixisset spondeo tibi equum cum ephippio , utiq; olim non ualebat, dicebantur enim illa uerba concepta solennia,quæ mutari non licebat.§.i.Inst.de uerb oblig. licet hodie hoc sit mutatū .d.§.i.uer.sed hæc solennia uerba Inst.de uerb.oblig.

Noua rati o quare in stipulatione debeat preceder i terrogatio

CLXXXIIII. Indiuiduorum declaratio.

VT apertius indiuiduorum materia intelligatur, nonnulla prius præmittenda sunt.

Forma quid

Præmitto itaq; primum formam,id esse , quod dat esse rei , eamq; inesse conseruat, ut ait Philosophus in prædicamentis,& Iureconsul.in.l.Iulianus.§. si quis .ff. ad exhiben .l. si is qui.§.quædam.ff,ad.l. Falc.

Secundo etiam præmitto,formam esse duplicem,unam naturalem,alteram artificiosam,& utraq; dat esse rei eamue conseruat, naturalis,naturale,artificiosa artificiosum esse præstat.

Naturalis forma,non ab homine,sed a sola natura introducitur,eaq; est multiplex,nam in plantis forma est anima uegetatiua Bar.in tractatu de alueo,quæ est causa,ut planta uiuat,nutriatur, crescat, generatq; hac existente , planta dicitur uiua, ea remota, non dicitur planta nisi æquiuocè,utputa planta mortua, quemadmodum homo mortuus improprie dicitur homo,posita enim forma ponitur effectus , eaq; remota remouetur effectus , ut ibi philosophus ait.

Forma in animalibus irrationabilibus, est anima sensitiua,seu sensiua Bar,in tract,de alueo.§,si quis.

Forma uerò in hominibus, est anima rationalis,

Forma artificiosa quid

Forrma artificiosa ab artifice introducitur, quæ nil aliud est, quam ordo & concinna partium compositio atque figura ij. Phy. quæ in consumatione rei consistit, perfectio enim rei est forma ipsius rei. Arist. i. Pol. & . d. §. quædam

Hæc autem multiplex est, siquidem uarijs modis talis compositio, in artificis intellectu, fingitur, seu architectatur, exempli causa, forma domus simpliciter ex tecto, solo parietibusque constat cum qui ædes. ff. de usucap. sed aliqui concipiunt mente domum cum aula, duabusque cameris. Alij cum duabus aulis, quatuorque cameris, & coquina. Alij aliter sunt igitur uariæ formæ numero, quemadmodum in architectorum mente, uariæ sunt earum compositiones & simmetriæ.

Forma fossæ que

Item in fossis, forma est illa mensurarum conceptio, seu descriptio & figura, utputa si quis petat sibi fieri fossam longam pedum centum, altam trium, totidemque latam, in uestibus, sin capsis alijsque rebus artificiosis, forma erit illa partium compositio atque figura.

Tertio præmitto, formam esse indiuiduam seu indiuisibilē, ut tenent Doc. & Ias. in. l. i. §. sed si mihi. ff. de uerb. oblig. in tertia col. nu. vi. & ita tenent philosophi

Quarto præmitto, id quod dici solet, artem imitari naturam. §. minorem. Inst. de adopt.

CLXXXV Declaratio quod ipsa obligatio non diuiditur inter hæredes.

Comparatio

NVNC autem uidendum est, an ipsa obligatio diuidatur inter hæredes, his ita præmissis pro ueritate sciendum est, quod quemadmodum si quis in speculum intuetur, totam in eo suam perspiciet imaginem, at si speculum in duas partes diuidatur, in utraque integra aspicientis uidetur imago, idemque fiet, & si in tres partes speculum separetur. non enim imago diuiditur, ita ut una pars sit in una parte speculi, & altera in altera, sed tota & integra in unaquaque speculi parte apparet, & sicut in integro speculo, erat una integra imago, ita & in qualibet eius parte tota integraque apparebit imago.

Præterea quemadmodum una uox tota ad plurium audientium

tium aures accedit, si enim hæc uox ueluti equus ab aliquo pferat: tota, & integra erit in plurium audientium auribus, idemq; apud omnes significabit, si omnes sunt eiusdem linguæ.

Ita, & in obligationibus euenit, obligatio enim, qua aliquis tenetur, eo mortuo, si duo uel tres supersint hæredes, non diuiditur in duas, uel tres partes, esset enim imperfecta, diuideretur .n. uinculum illud iuris positum in obligationis diffinitione Insti. de oblig. in prin. Et ideo non esset in uno quoq; hærede, perfectum iuris uinculum, perfectum enim est, quod ex omnibus suis partibus constat. l. i. ff. de orig. iur. Cessaret præterea in unoquoque hærede obligationis diffinitio, ergo & diffinitum, quia si esset dimidiatum uinculum in uno quoq; hærede, non necessitate astringeretur, non enim obligatio, est pars uinculi, sed est ipsum totum uinculum, ut patet in eius diffinitione. Obli. ipsa inter heredes non diuiditur

Erit igitur in uno quoq; hęrede tota, eademq; obligatio, quæ erat in defuncto, quemadmodum in una quaq; diuisi speculi parte, est tota, eademq; imago, quæ in toto erat, & licet tota obligatio, sit in uno quoq; hærede, non tamen ille hæres conuenire, uel conueniri nisi proportione hæreditaria poterit, hoc est unus quisque hæres, utetur tota obligatiōe, pro portione hæreditaria, hoc illud est, quod ait Imperator in. l. ea. C. famil. hercis. ubi ait, ea quæ innominibus sunt diuisionem non recipiunt, ergo diuidi nō possunt, & licet subdat, sed ipso iure sunt diuisa pro portione hæreditaria, intelligendum est, non q obligationes, siue actiones diuisæ sint, quod fieri non potest, cum sint incorporales, ut supra dictum est.

Sed dicuntur diuisæ quo ad petitionem, dicuntur igitur diuisæ respectu rerum, eo q competunt ad res pro hæreditaria portione, uel expone ea, hoc est æs alienum, ut dicit tex. in. l. pacto successorum, C. de pac. glos. ibi in uerbo ipso iure ita intelligit. d. l. ea dic igitur ea, hoc est æs debitum, quæ sunt in nominibus hoc est quæ sunt in obligationibus, non recipiunt diuisionem, hoc est non possunt hæredes arbitrio suo diuidere. d. l. pacto, sed ipso iure pro hęreditaria portione diuisum est intellige si id quod debetur, est diuiduum, secus si esset indiuiduum, puta uia, iter & huiusmodi, tunc enim singuli hæredes insolidum tenerentur. l. ij. §. ex his. ff. de uerb. oblg. ea enim lex duodecim tabularum diuidere non poterit. l. hęredes. §. an ea. ff. famil. hercis. & ita etiam intelligitur tex. in. l. pro hęreditarijs, C. de hęred. actio. ubi Imperator ait pro hęreditarijs partibus, hæredes onera hæredita Obli: dicit diuide respectu rerum

ria agnoscere, nota illud uerbum onera, non enim diuiduntur actiones, sed id quod per eas debetur, hoc etiam dicit tex.in.l.i.C. si cert.pet.ibi, igitur petitio, & non actio scinditur &.l. in executione.§.pro parte.ff.de uerb.oblig.ibi, nam petitio eius scinditur.

Vide Bar. in tractatu de alueo.§.ꝙ si ubi dicit, formam obligationis, & actionis esse ipsius rei naturam, & est ipsa figura, allegat tex.in.l.i.§.cum autem:C.de rei uxo.actio. hæc autem forma in indiuisibilibus, consistit, adeo ut nihil nec addi, nec detrahi possit, quin ipsa corrumpatur, transeatq; in aliam speciem, ad hoc citat tex.in.l.ius ciuile uer. statim.ff.de iusti. & iur. Patet etiam inquit ipse in stipulationibus, ubi si respondendo aliquid addatur, uel minuatur, ei quod est in interrogatione positũ, uitiatur stipulatio, & est alia res, allegat tex.in.l.1.§.si quis simpliciter &.§. sequenti.ff.de uerb.oblig.ibi, tunc enim alia stipulatio cõtracta esse uidetur, hæc Bar.

Formæ nec addi nec minui quicquam potest

Ex quibus patet, actiones & obligationes, & similia, ueluti res incorporeas esse indiuiduas, subdit Bar. inquiens sed huic cõclusioni ita obijcitur, obligatio per solutionem potest pro parte tolli.l.stipulationes.§.rj.ff.de uerb.oblig.si potest pro parte tolli pro parte uero non sequitur ut sit diuidua, solue inquit Bar. ipsa obligatio potest considerari prout contracta est, & propriam habens formam, & tunc erit indiuidua: est enim ius incorporeum. Potest etiam considerari obligatio respectu rerum, quæ sunt in obligatione, & tunc ipsis rebus potest addi, uel detrahi, & illo respectu dicitur obligatio, pro parte perimi, & dirimi hæc Bar.

Hæreditas ipsa est indiuidua

Idem dici potest & de hæreditate, quę cum sit ius, & res quædam incorporalis. Insti.de reb. corp.& diuidi nequaquam potest, nihil enim in partes diuidi potest, nisi quod habet partes, sed hæreditas cũ sit incorporalis non habet partes, nihil enim habet partes, nisi quod habet corpus, ergo &c.

Nec obstat,§. hæreditas de hæred.insti. Insti. ubi dicitur hæreditatem diuidi in duodecim uncias, non enim diuiditur hæreditas, hoc est ipsum ius incorporale, sed res quæ in hæreditate continentur.§.i. Insti.de reb.corp.& incorp.& hæ diuiduntur, idcirco dicitur hæreditas quodam modo diuidi propterea quod res quæ hæreditate continentur diuiduntur sicut dicit Bar. de obliga.ut supra dictum est.

Ex quibus concludo obligationem in se esse indiuiduam, sed

dicitur diuidua respectu rerum.

Ita dicendum est de dominio, est enim per se consideratum indiuiduum, cum sit incorporeum, sed quia res in quibus habemus dominium possunt diuidi, & inter cohæredes seu socios diuiduntur, hoc respectu dominium dici diuiduum utique poterit. Facit etiam pro hoc, quod hæres & defunctus censentur una & eadem persona, ita ut si defunctus iurauerit, censetur ipse hæres iurasse aut. de iur. iuran. à mori. præsti. iuncta glos. & si plures sint hæredes omnes iurasse uidentur, eo modo quo testator iurauit, illud igitur iuramentum à testatore præstitum non diuisum, sed totum transit in singulos hæredes, ita & de obligationibus dicendum est. Dominium indiuiduum

CLXXXVI. Declaratio, dominiũ ipsum non diuidi inter hæredes.

CAETERVM vt ad rem ipsam redeamus, idem de dominio sentiendum est, nam dominium alicuius rei, quod est apud unum, eo mortuo, duobus relictis hæredibus non diuiditur in duas partes, licet res ipsa, cũ sit corporalis in duas partes diuidatur, sed illud idem dominium, quod erat penes defunctum est in uno quoque hærede, non tamen unusquisque est dominus totius rei, essent enim eiusdem rei duo domini insolidum, id quod esse non potest. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. com mod. sed solum unusquisque illo integro dominio insua parte utitur.

Est enim dominium libera facultas disponendi dè re ut uelis, l. fœminæ. §. illud, in fine, & ibi Bal. C. de secun. nup. si dominium in duas diuideretur partes, esset utique imperfectum, & non esset tota disponendi facultas, sed dimidiata, si dimidiata, ergo imperfecta, cum ex suis partibus, ut dictum est, non constet.

Et ne res exemplo egeat, pone, Titium uendidisse fundum Fabio, & Sempronio, eumque illis tradidisse, et ita tradendo, ad eos dominium transtulit. l. traditio. ff de acqui. rer. domi. aut igitur Titius transtulit dimidiam partem dominij ad Fabium, & alteram ad Sempronium, aut totum ad Fabium, totumque ad Sempronium, si dices, dimidiam partem dominij in unum quemque eorum translatam esse, occurrit, id fieri non possem, nam dominium est res incorporea, & ideo diuidi minime potest. Quemadmodũ Dominium inter heredes nõ diuiditur

nec anima, nec Angelus.

Pars facit nõ. ẽ ipsa facies

Præterea neuter eorum haberet dominium, nam pars huius dominij separata non est dominium integrum, quemadmodum nec pars huius animæ separata, est anima, nec pars huius faciei est facies, ut inquit Aristo. in prin. de natu. animal. Quamobrem, nec Fabius, nec Sempronius dominium fundi haberent, quod recipiendum minime est, nam Titius tradendo fundum, transtulit in eos dominium, d. l. traditio &. §. per traditionem. Insti. de re. diuis.

Restat ut illud idem dominium quod erat penes Titium, totum translatum sit ad Fabium, totumque ad Sempronium, quemadmodum tota uox Titij ad aures Fabij totaque ad aures Sempronij fertur, sed Fabius per illud integrum dominium, quod est penes ipsum poterit disponere de dimidia fundi parte dumtaxat de altera uero disponet Sempronius, & ita non sunt duo domini eiusdem rei insolidum, tunc enim dicerentur duo domini insolidum, quando unusquisque per se, & simul de tota re posset disponere, id quod iureconsulti fieri posse negant. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod. l. hæreditate. §. pater. ff. de castren. pecul. Quemadmodum nec ubi ego sedeo, tu sedere potes, nec tu stare potes in eodem loco, ubi ego sto. l. possideri, §. ex contrario, ff. de acqui. posse. Nam possessio & dominium in hoc æquiparantur.

Insolidum quomodo intelligat.

Et ut clare intelligas quid sit insolidum, seu pro solido possidere, dicas hanc dictionem solidus, solida solidum significare idem quod totum, & á solo, hoc est terra deducitur, dum igitur in. d. §. si duobus dicitur, dominium esse duorum insolidum non posse, expone insolidum, hoc est pro solido.

Insolidum & pro solido idem

Nam Iureconsultus in. d. l. hæreditate. §. pater ait non posse dominium apud duos pro solido esse, intellige tu, pro solido, hoc est pro tota re, est enim ablatiuus casus, non negat Iureconsultus dominium posse apud duos pro diuersa fundi parte existere pro solido fundo, id fieri nequit.

Concludo igitur, totum dominium defuncti, seu uendentis transire in unumquemque hæredem, seu emptorem, per quod unusquisque poterit de parte rei, quæ sibi uenit disponere.

Quinto præmitto eas dumtaxat res posse diuidi, quæ habent partes & materiam, eas uero, quæ neque partes neque materiam habent, sed solum sua forma consistunt, ut est anima rationalis, ut sunt Angeli, & res incorporales, quæ in iure consistunt, §. in

corporales. Inst. de reb. corp. & incorpo. in partes diuidi impossibile est.

Sextó præmitto, stipulationes per se, neq; diuiduas neq; indiuiduas dici posse, sed diuiduæ uel indiuiduæ ex natura rei, super qua interponuntur, iudicandæ sunt. l. stipulationum. §. & harum & ibi not. ff. de uerb. oblig. Et caue ne decipiaris, nam ipsæ obligationes non possunt diuidi, cum sint incorporeæ, ut supra demonstratum est, sed dicuntur diuiduæ respectu rerum, quæ in obligationem deducuntur.

Septimó præmitto, stipulationum quasdam in dando, quasdã in faciendo consistere.

Octauo & ultimo præmitto, res quæ habent formam, siue naturalem, siue artificiosam non posse diuidi, quoniam diuisa forma, non essent eædem res, sed interirent. l. Iulianus. §. si quis ad exhiben. ff. & d. l. si is qui. §. quædam. ff. ad. l. Falc.

CLXXXVII Declaratio quando & quare res faciendæ dicantur indiuiduæ.

HIS præmissis, ita in hac materia dicendum esse existimo, aut quis stipulatur rem faciendam, cuius formam prius in mente conceptam uerbis exprimit, utputa stipulatur quis ædificari sibi domum triginta pedum longam, uiginti latam, altam uero uiginti quinq;, cum duabus fenestris, duobusq; cubiculis, cum stabulo, cella uinaria, & coquina alijsq; membris, prout suo arbitratu quisq; ædificator potest mente concipere, harum partium ordo, & compositio erit forma ipsius domus. ij. Polit. & Bar. in tractatu de alueo.

Itaq; si quis eiusmodi domum facere promiserit, & si ita factum non fuerit, promiserit pænam, utputa centum, si partem fecerit, nullam domum fecisse intelligitur, cum ei propriam formam non dederit, quam stipulator mente conceperat: forma enim ex rei consumatione consistit, ita expresse inquit Iureconsul. in. d. l. si is qui. §. quædam. ff. ad. l. Falc. & Arist. i. Polit. Ait formam cuiusq; rei esse perfectionem ipsius rei, & licet partem fecerit, nõ tamen nascitur pro parte liberatio à pæna, sed tota soluenda est, quia operis effectus, hoc est finis, & forma in partes scindi non potest. l. in executione. uer. secunda. ff. de uer. oblig.

Quare stipulatio domum ędificare ē indiuidua

Item mortuo promissore, si ex duobus eius hæredibus unus,

ædificauerit partem domuspromissæ intra constitutum tempu alter uero minime, ab omnibus pro portione hæreditaria pœ committitur, & ideo ab eo qui ædificauit, pœna etiam peti p portione sua hæreditaria poterit. l. ij. §. Cato. ff. de uerb. obli quia quod in partes diuidi non potest, si pro parte fiat, null pæna liberationem parit, cum nihil factum intelligatur. d. §. q dam: stipulator enim non consequereretur, id quod stipulatus arg. d. l. in executione. §. pro parte. ff. de uer. oblig. stipulatus enim domum fieri, non autem partem, facta igitur una pa neuter hęredum liberatur.

stipulatio fossam fo di quare ē indiuidua

Idem & de fossa dicendum est, fossa etiam habet propria formam, si quis enim stipuletur fossam fodi, longam pedum ce tum, latam trium totidemq; altam, hæ mensuræ earumq; ordo figura, erit forma fossę, erit igiturindiuidua, ut dictum est, quam obrem si is qui ita fossam facere promisit, si dimidiatam fecerit, nullam fossam intelligitur fecisse. d. §. quædam, committetur igi tota pæna, si ea promissa est.

Idem dicendum est de hæredibus, mortuo promissore, si unus fo dit dimidiatam fossam, alter uero nihil fecerit, ab unoq; hære de, pro portione hæreditaria, pæna peti poterit, omnes enim pec casse uidentur, cum nisi in solidum peccare non poterunt, pecca tum enim in minima formæ parte, est in tota forma, cum sit indi uisibilis. l. eadem. §. Cato. ff. de uerb. oblig. nulla enim fossa facta intelligitur, cum ei propria totaq; forma data non sit, quæ non in dimidiata fossa, sed in eius consumatione consistit. d. §. quædam.

Sed ille qui partem suam & domus & fossæ fecit, potest pet re famil. hercifcun. iudicio sibi damnum a non obseruante resar ciri. d. l. in executione in fin. principij. & d. §. ex his. Et si unus ex hæredibus totam domum ædificauerit, uel fossam foderit quod pro cohærede expendit, famil. hercifcun. iudicio repe tet, eo quia ipse solus solidum opus fecerit, quase liberauit co hæredem.

Idem dicendum est si quis sibi uestem, capsam & huiusmodi fieri stipulatus fuerit, hæc enim omnia habent propriam formam mente stipulatoris conceptam, uerbisq; expressam, quam etiam pro parte fieri non posset, ut supra dictum est, & si pro parte fie ret, nihil horum factum intelligitur. d. §. quædam: nullusq; ex hæ redibus liberatur, & hæc est uera ratio, quamobrem facienda in diuidua dicantur.

Ratio autem Doc. facile refutari potest. Aiunt enim ideo dici indiuidua, quia pars facta non affert tantam utilitatem respectu partis, quantam totum respectu totius, si hoc esset uerum, sequeretur stipulationem, fossam fodi longam centum pedum, & domũ ædificari, ut supra dictum est, esse diuiduam, si quidem dimidia pars domus, cum parietibus, tectoq; cum pauimentis, cubiculisq; suis defenderet à uento & pluuia, pro ea parte, quemadmodum tota respectu totius,

Item si foderetur dimidia pars fossæ defenderet fundum pro illa parte, quemadmodum tota pro toto, idcirco posset dici diuiduæ, quod est falsum. d. l. stipulationes non diuiduntur, & ob id eorum ratio non est tenenda. posset tamen à principio quis stipulari dimidiam, suprascriptæ domus partem ædificari seu fossam dimidiatam fodi. arg. l. locus. ff. de acquiren. posses. & l. ij. §. præterea. ff. de aqua plu. arcen. tenet Bar. in l. stipulationes non diuiduntur. ff. de uerbor. obligat. in vi. opposit. nam dimidia pars illius domus designatæ suis mensuris, suisq; simmetrijs architectatæ, & dimidia pars illius fossæ, est perinde ac si totum quoddam esset, cum in mente stipulantis, pars illa dimidia fuerit suis mensuris designata, uerbisq; expressa. Rõ. scribẽtium quare faciẽda dicantur indiuidua non ẽ bõa

Quamobrem etiam illa dimidia dicetur habere propriam formam, quæ ex eius compositione & consumatione contingit. d. §. quædam. & l. si is qui ad. l. Falc. Si itaq; promissor fecerit illam dimidiam domus partem, fecit totum id quod promisit, & stipulator consequitur id quod stipulatus est. Aduerte nam licet quis stipuletur sibi fieri dimidiam partem domus seu fossæ, non ob hoc dicitur quid diuiduum, illa enim est pars dimidia respectu totius domus, sed respectu stipulatoris & promissoris, & formæ assignatæ ẽ quid totum, quare si promissor fecerit partem illius dimidię, nihil fecisse dicetur, cum propriam formam ei à stipulatore assignatam, illi dimidiæ non tribuerit. d. §. quædam. Et ideo si promissor faciat dimidiam partem dimidiæ non facit quod promisit, quia non dat illi dimidiæ promissæ consumationem, & sic propriam formam. d. §. quædam, committitur igitur tota pœna, si qua promissa est.

Mortuo autem promissore, si ex duobus hæredibus unus faciat partem dimidiæ promissæ, is qui fecit non liberatur, facta .n. parte dimidiæ, non est facta tota domus promissæ dimidia pars quamobrem ab utroq; hæredum tota pœna peti potest, & tamen

is qui fecit ab eo qui non fecit, id quod soluit repetere potest, ut diximus. Præterea potest quis, puta Lutius stipulari sibi domus partem mensuris & simmetrijs descriptam seu architectatam ædificari, potest & alius utputa Titius sibi stipulari ut altera eiusdē domus pars ædificetur, & uterq; dicetur non partem domus, sed totum quid stipulari, ut patet ex supradictis. & ex his facile intelliges quæ sint, & quare ea quæ in faciendo consistunt dicantur indiuidua.

CLXXXVIII. Declaratio quare operæ dicantur indiuiduæ, & quando

DVBITATVR an stipulatio operarum sit diuidua. Iurecon sul. in. l. stipulationes non diuiduntur. de uer. oblig. dicit stipulationem operarum diuisionem non recipere, cōtrarium dicitur in. l. in stipulationibus. §. operarum. ff. eo.

Formā propriā hēt quicquidē

Tu uero dicas, necessarium esse quidquid est, propriam habere formam, a qua sumat esse & substantiam, sola enim forma dat esse rei siue naturali, siue artificiali, siue corporali, siue incorporali. d. l. Iulianus. §. si quis. ff. ad exhiben. Si igitur opera est, necessario propriam habet formam, quæ nam igitur erit operæ forma, quærenda est ex ipsius diffinitione. Diffinitio enim est id quod demonstrat esse rei, per essentialia. ut ait philos.

Cum igitur opera sit officium diurnum. l. i. ff. de op. lib. sequitur ut operæ formæ sit perfectio, seu consumatio illius officij diurni, cum forma contingat ex rei consumatione. d. l. si is qui. §. quædam. ff. ad. l. Falc. & forma operæ consistit in tempore à stipulatore descripto, & in officio laborantis.

Operā promittens quid promittat

Is igitur qui promisit operam, promisit officium laboremq; totius diei, hoc est duodecim horarum, si uult præstare quod promisit, debet tota die operam præstare, nec partem operæ per horas potest soluere. l. iij. ff. de ope. liber. nam si partem operæ per horas solueret, nullam operam soluisse intelligeretur, cum ei non dederit propriā formam, hoc est cum diurnum officium non expleuerit. arg. d. §. quædam. Conclude igitur stipulationem unius operæ diuisionem non recipere.

At si

At si quis stipuletur duas sibi operas præstari, quod facere potest, si promissor soluat, seu præstet unam, pro una liberabitur, nõ enim fit diuisio stipulationis in partes operarum, sed in numero .d.l. in stipulationibus. §. operarum ibi. sed in numerum cedit, tũc enim fieret diuisio in partes, si præstaret partem hodie unius operæ, cras uero alterius, quod fieri minime potest. Et ita intelligitur tex. in. l. stipulationes nõ diuidũtur, ubi dicitur operarum stipulationem diuisionem non recipere, hoc est singulæ operæ, pro parte præstari non possunt, pro numero uerò possunt. d. §. operarum.

Sed obijcitur, & est terribilis, ut aiunt, scribẽtes obiectio, obijcitur inquam tex. in. d. §. operarum, uers. quod si unam operam, ubi si unam operam seruus communis stipulatus fuerit, necesse ẽ, utriq; dominorum tantum operæ partem petere, quantam in seruo portionem habuerit. Vides, itaq; unius operæ stipulationem recipere diuisionem, partemq; operæ posse peti.

Doctores communiter exponunt, partem operæ, hoc est partẽ æstimationis ipsius operæ, hæc expositio mihi minime placet, destruit enim literam, argui tq; iureconsl. quasi nesciret dicere operæ æstimationem.

Tu uero pro solutione repete id quod dictum est supra, diximus enim unum posse stipulari domus partem sibi ædificari mensuris simmetrijsq; à se descriptam, & fossæ partem fodi eodem modo alterum uero alteram eiusdem domus partẽ, ita & de opora dicẽdum est, ut tenet Bar. in. l. stipulationes non diuiduntur in vi. oppo. ff. de uerb. oblig. Vbi in hac uerba ait, dico inquit, q; ista sunt facta diuidua tempore cõtractus, quia pro parte potest quis stipulari fundum tradi, fossam fodi, & similia, sed postquam pro solido sunt deducta in stipulationem non diuiduntur aliquo mõ hæc Bar.

Potest igitur unus ab artifice quopiam stipulari dimidiam partem operæ unius diei, ut puta, per sex horas, poterit & alter stipulari alteram eiusdem operæ partem, ueluti per sex alias horas eiusdem diei uel alterius poterit item promissor soluere primo stipulatori partẽ operæ promissam & liberabitur. A princi pio po quis stipu lari dimi diã partẽ opere

Nam supra demonstratum est partem unius operæ designatam & descriptam spatio sex horarum perinde haberi, ac si tota opera esset, habet enim propriam formam, hoc est sex horarum spatium quo laborandum est, forma autem est perfectio rei, & in rei consumatione contingit, ergo illa pars operæ habet consumatio-

nem & perfectionem á forma á stipulatore descriptã, si igitur promissor soluat illam partem, dicitur soluere quoddam totum sua consumatione, hoc est forma, perfectum. arg. d. §. quædam.

Quemadmodum si quis leget partem fundi uerbis descriptam at designatam, dicitur legare fundum, pars enim illa descripta quoddam totum est. l. planè in. fi. de leg. i.

At si promissor uelit soluere dimidiam partem illius dimidij exempli causa, si uelit per tres horas laborare, utiq; non poterit diuideretur enim forma à stipulatore descripta, stipulatus ē enim operam sex horarum, & ideo stipulator id quod stipulatus est non consequeretur. l. in executione. §. pro parte. ff. de uerbo oblig.

CLXXXIX. Declaratio. §. operarum. l. in stipulationibus. ff. de uerb. oblig.

HIS præmissis pro solutione obiectionis dicito, seruum esse instrumentum domini animatum, & per illum dominus agit, sicut artifex per instrumenta inanimata. Aristo. i. polit. & plenè diximus in materia acqui. posses. Hinc dici solet, uox serui, uox domini, nam cum seruus sit instrumentum domini, consequenter uox serui, fingitur uox domini, seruus enim, domini uoce loqui uidetur. §. post mortem. Insti. de inutil. stipul.

Seruus instrumentum animatum domini

Item seruus communis personam duorum dominorum, sustinet, & est perinde, ac si essent duo serui, quamobrem si seruus Lutij & Titij ita stipulatus sit Lutio & Titio dare spondes, perinde est, ac si duæ stipulationes separatim conceptæ fuissent, una in personam Lutij, altera in Titij personam. l. i. §. communis seruus. ff. de stipu. ser.

Hanc ob causam, si seruus communis Lutij, et Titij unam operam stipulatus fuerit, perinde erit, ac si duæ stipulationes conceptæ fuissent, una in persona Lutij qua, dimidiam operę partem Lutio stipulatus intelligitur altera, in persona Titij qua, alteram operæ dimidiam Titio stipulatus intelligitur, & est perinde ac si Titius stipulatus esset dimidiam operæ partem per sex horas unius diei, & altera Lutius per sex alias horas eiusdem diei uel alterius diei, quod fieri potest, ut supra demonstratum est.

Et sic à principio potest quis stipulari partē operæ, sed postquam tota opera promissa est, neq; deberi, neq; solui pars potest .l. libertus. ff. de ope. liber. dum tex. ibi dicit partem operæ, non posse promitti neq; solui intellige, si stipulor à te operam tunc non potes promittere partem, quia stipulator non haberet quod stipulatus est quemadmodum si stipulor à te mihi domum ædificari, si partem promittas nihil agitur, possum tamen à principio stipulari dimidiam partem domus mihi ædificari, id quod si promittas ad id teneris promisisti enim totum quoddam, ita & de opera dicendum est.

Et ut clarius pateat, rursus dicito, si promittas mihi domum ædificare, tunc paries est pars ipsius domus, & iccirco si eum ædificaueris, nequaquam liberaris, non enim totum ut promiseras, sed partem ædificasti: At si promiseris parietes per se ædificare, non partem, sed totum quid promisisti, cum ipsæ partes per se sint totæ, & ex suis constent partibus, ut ait Aristo. lib. i. cap. i. de historia animalium quo circa si parietes ædificaueris certè liberaris, totum enim quod promiseras fecisti.

Ita si operam promittas, & consequenter duodecim horarum officium, non poteris dimidiam partem operæ, et sic officum sex horarum præstare, non enim quod promiseras, id soluis, cum hoc casu officium sex horarum sit pars operæ, at si officium sex horarum. & per consequens dimidiatam operam à principio promiseris, non partem sed totum promisisse uideris, ipsum enim sex horarum officium per se, quoddam totum est, & ex suis constat partibus, & per consequens habet suam formam, ordo enim & compositio in artificialibus est forma, Aristo. ij. Phys. & tale officium talesq; horæ sunt artificiales, ut nulli non patet, ergo &c. Opera enim in factione, & tempore consistit, & utrunq; potest in partes ab homine secari, & quælibet pars affert utilitatem, secus in itinere, & uia, quæ in iure consistunt, & sunt iuris, nec possunt in partes diuidi, & nulla huiusmodi seruitutis pars per se potest afferre utilitatem, nec ratione personæ, nec ratione loci.

In proposito igitur casu, Lutius potest dumtaxat petere dimidiam operæ partem, non tanquam partem totius operę, sed ueluti totum quoddam promissum, alteram uero dimidiam petet Titius, hoc ipsum dicit tex. in. d. §. operarum, dum ait, ꝙ si unam operam seruus communis stipulatus fuerit, necesse est utriq; dominorum, partem petere, necesse est inquit propterea; duæ censētur conceptæ stipulationes, una in persona unius domini, altera

in alterius, & hæc est uera illius tex. expositio, uerumtamen si uterq; dominorum uelit petere operas sex horarum ante meridi & ita discordarent, officio iudicis ad concordiam redigēdi sunt. ut uni opera, alteri uero æstimatio præstetur, uel sorte res agetur eodem modo intelligendus est tex. d. l. si quando. ff. de op. liber.

Sed huic sententię fortasse hoc argumento occurres dices enim ab eo, à quo diffinitio remouetur, necesse est & diffinitum remoueri, ut puta, diffinitum est homo diffinitio est animal rationale mortale.

Sed quoniam huiusmodi diffinitio remouetur à saxo necesse est, & diffinitum ab eo remoueri, & per consequens saxum, non erit homo.

Ita & in re proposita, diffinitum erit opera, diffinitio erit officium diurnum, opera enim est officium diurnum. l. i. ff. de oper. liber. Quamobrem, cum diurnum officium, & consequenter diffinitio, ab operatione trium uel sex horarum amoueatur, necessario sequitur, ut & diffinitū, & sic opera amoueatur, operatio igitur trium uel sex horarum, non erit opera.

Sed hoc argumentum facile, reijcietur, & ut hoc fiat, prius sciendum est, diurnum, & nocturnum, esse opposita, & tot modis dicitur unum ex oppositis, quot & alterum. Aristo. v. Ethic. circa princ. ibi legito, & Imper. in institu. de his qui sunt sui uel alie. iur. in princ. quemadmodum ergo nocturnum dicitur, et id quod tota nocte fit, ueluti tenebræ nocturnæ, & id quod aliqua noctis parte fit, ut puta furtum, seu fur nocturnus. l. furem. ff. ad. l. cor nel. de sic. ita ratione oppositorum diurnum dici oportet, & id, quod tota die, ut diurna lux, & id quod in aliqua diei parte fit, ut sacrificium diurnum.

Cum itaq; opera ex sententia eorum, qui uocabula interpretantur, sit quædam corporis operatio, siue talis operatio tota die, siue parte diei fiat, bene diurnum officium appellari potest, cum diurnum, ut dictum est, tam id, quod per tres, uel sex diei horas, quam id quod toto die fit, recte dicatur. Hoc igitur pronunciatum diurnum officium, ita competit ei operationi, quę in parte diei, sicut ei quæ toto die efficitur, nam rem sacram facere, seu ut aiunt, missam dicere, plerunq; est diurnum officium: Item ius pro tribunali dicere est enim etiam diurnum officium, & tamen non tota die, sed una uel duabus horis hoc exercetur. Item si cocus operam alicui pro prandio curando, coquendoue locauerit, certé

ea opera est officium diurnum,non tamen totius diei.sed ad summum quatuor horarum . nil igitur obest quin operatio per tres uel sex horas dici,diurnum officium recte appelletur . ea igitur diffinitio,si diffinitio dici potest, ab opera trium horarum ..., minime remouetur,operatio enim trium horarum separatim per se promissa,ab operatione totius diei per se promissa, mediocritate non specie differt,sicuti scapha à naui.l.fi.ff.de fun.instruct. instr.leg.utrique igitur eadem competit diffinitio, quemadmodũ, eadem hominis diffinitio & giganti & pigmeo accommodat non igitur obest quod obijciebas,sed hæc adeo propinqua sunt ut æquiuocatio lateat.

Tu ergo ut clare intelligas ita distinguito. Aut quis a principio operam simpliciter stipulatur,quod in dubio de totius diei opera intelligitur,& tunc sine controuersia, opera trium uel sex horarum est pars ipsius totius,& per consequens ea pars,nec solui nec promitti nec peti potest.l. libertus. §. i . ff. de oper. liber.

Aut quis a principio separatim operam trium uel sex horarũ stipulatur,& tunc talis opera,non pars,sed totum quoddam per se promissum,sine dubio dicetur, cuius pars erit duarum horarũ opera,quæ itidem nec solui,nec promitti nec peti poterit.d.§.i. Accurate inquam considerandum est,quod Iureconsul.non dicit non posse quempiam a principio partem operæ stipulari, quia tunc non partem,sed totum quoddam stipulari censeretur.

Quemadmodum si quis decem oues stipuletur , sine dubio quinque oues sunt pars illarum decem . At si a principio quinque oues stipulatur,hæ profecto quinque oues,non pars aliqua,sed totum quoddam esse iudicatur. Quemadmodum qui stipulatur partem insulæ fieri,totum quoddam stipulatur. Soc. in Repet. .l.eadem.§.Cato.ff:de uer.oblig.col.xx.nu.87.& 88.& hoc alibi plene demonstratum est. Et si ita intelligis facile acquiesces, ueritate enim inuenta intellectus quiescit.

Et quia materia hæc subtilis habetur,ut clarior fiat , & ne res exemplis egeat ita dicito. Qualis in promissore est obligatio, talis est in persona unius cuiusque hæredis,non enim ex persona hæredum conditio obligationis immutatur.l.ij . §.ex his. ff.de uer. oblig.. Et aduertendum est,ibi conditionem capi pro natura, & forma,licet alij accipiant pro qualitate. dicit igitur Iureconsul. naturam seu formam obligationis,quę erat in defuncto,in hæredum persona non mutari,sed est eadem , hoc est si obligatio in

Cōditio capitur pro natura & forma

defuncti persona continebat rem diuiduam, continebit diuidua & in hæredum persona, si indiuiduam in illis itidem & indiuiduam continebit

Obligatio per se indiuidua respectu rei diuiduæ

Quamobrē si Lutius stipulatus fuit sexaginta à Titio, hæc stipulatio est diuidua, & consequenter & obligatio respectu rei, poterit itaq; Lutius petere triginta, poterit & Titius soluere, & liberabitur in parte. l. ij. §. & harum, & ibi glos. ff. de uer. oblig. l. in executione in principio. ff. eod. Mortuo Titio promissore duobus relictis hæredibus, puta Sempronio & Seuio, illa obligatio passiua quæ erat in Titio, non mutata natura & forma, in unumquemq; hæredem transit, non dimidiata ut multi uolunt sed tota ut supradictum est, in tertio præmisso, datur tamen illa tota obligatio pro hæreditaria portione, unusquisq; igitur hæredum pro triginta conuenietur, poterit tamen actor ab unoquoq; partem illorum triginta petere, qua soluta pro ea parte liberabit, d. §. & harum. & ibi glos. in uer. decem.

Oblig. nō pro parte sed tota ī heredes transit

Sed quid si mortuo Lutio stipulatore supersint tres hæredes, utputa Lutius, Flaminius & Scipio, quo casu illa actiua obligatio, quæ erat in persona Lutij in unumquemq; eorum hæredum non pro parte sed tota sine dubio transit, quæ tota ut dictum est in hoc casu pro hæreditaria portione eis datur, hoc est unicuiq; pro uiginti, sed à quo petet puta Lutius suos ducatos uiginti, certè decem à Sempronio, totidemq; à Seio Titij hæredibus petenda sunt, idem Flaminius & Scipio facient.

At si Lutius stipulatus sit à Titio insulam ædificari, fossamue fodi suis mensuris descriptam, uel operam sibi præstari, & similia indiuidua, hoc casu Lutius non poterit partem petere, sed totum peti necesse est, nec Titius partem præstare poterit, sed ut totum præstet necessarium est nam si partem faceret, nihil fecisse intelligeretur, cum rei promissæ propriam formam non dederit. d. l. si is qui. §. quædam. ff. ad l. Falc. ubi hoc expresse dicitur, quāobrem si qua pœna promissa est, tota committetur, sin autem pœna promissa non fuerit & non fecerit totam insulam totamq; fossam, nec totam operam præstiterit post moram pecuniam dari oportebit. d. l. stipulationes non diuiduntur in fi. prin.

Mortuo Titio promissore duobus relictis hæredibus Sempronio scilicet & Seuio, illa obligatio in Titij persona, quæ natura sua diuidi non poterat, eo q; competebat pro rebus indiuiduis transit in unumquemq; hęredem non mutata conditione, hoc est natura sua, non enim ex persona hæredum conditio, hoc est na

tura obligationis immutatur. d. §. ex his, singuli igitur hæredum insolidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest, ut dicit Iureconsultus in. d. l. in executione. §. secunda.

Effectus autem operis est finis & forma, finis enim operis est perfectio & natura ipsius operis Arist, i. Polit. Perfectio autem ipsius operis est forma eiusdem operis d. §. quædam. Forma uero est indiuisibilis ut sæpius dictum est, non potest itaq; ut Iureconsultus ait in partes scindi, necessario igitur singuli hæredes in solidum tenentur, hinc Vlpianus ait, in. l. libertus. ff. de ope. lib. neque promitti, intellige tu stipulanti totam neque peti, neque solui pro parte poterit operam, ratio quia indiuidua est. d. l. stipulationes. non diuiduntur. Idem de alijs indiuiduis dicendum est. Forma est diuisibilis

Si igit pæna certæ pecuniæ promissa sit, si id factum non erit & unus ex hæredibus partem fecerit, alter uero minime, tota pæna committitur, & ab unoquoq; tota pæna insolidum peti potest, etiam ab eo qui partem fecit, nam cum solum partem fecerit nihil fecisse intelligitur, poterit tamen is qui fecit, si totam pænã soluerit, familiæ herciscundæ iudicio petere sibi damnum ab alio hærede resarciri, d. l. in executione in fi. prin. Qui soluit penã & nõ cõtrafecit poterit a cõtrafaciẽte repetere

E contrario si is qui non fecit, conuentus insolidum totam pęnam soluat, nihil à cohærede famil. hercisc. iudicio repetet, is. n. est in causa, quamobrem pæna committatr, damnum enim quod quis sua culpa sentit sibi & non alijs imputari debet. l. damnum. ff. de regu. iur.

Sin autem pæna non est promissa, & pro parte ab uno ex cohæredibus factum fuerit, quia non est factum id quod est promissum, hoc est non est data forma rei promissæ in pecunia numerata, hoc est in id quod interest, unusquisq; hæres condemnabitur. d. l. stipulationes non diuidũt. l. si quis ab alio. §. fi. ff. de reiud. Et quia pecunia est res diuidua, hanc ob causam & petitio & solutio ad portiones hæreditarias spectant, d. l. in executione. §. prima species.

Conueniendus est igitur unusquisq; ex hæredibus pro portione hæreditaria in id quod interest, ut ibi. uerum tamen si quis eorum partem fecerit petet sibi damnum resarciri. fam. hercis. iudicio, ab alio hærede qui non fecit, cum illius culpa eiusmodi dãnum senserit. d. l. in executione in fi. prin. Supradicta locum habent quando quis promittit rem faciendam, hoc est promittit nouam formam alicui rei se daturum.

CXC. Declaratio quamobrem id quod factum est, si promittatur sit indiuiduum utputa rem restitui. &c

PRæterea quando quis non promittit rem faciendam, sed ri iam factam ex propria forma seu naturali, seu artificiosa cō sistentem, ueluti si quis stipuletur sibi rem tradi, seu restitui, quid iuris in hoc mox dicetur. Sed prius animaduertendum est, secundum Doc. stipulationem rem tradi, differre á stipulatiōe rem restitui, aiunt enim primam esse indiuiduam & obligatione & solutione, propterea quod annumeratur inter ea quæ talia sunt .d.l. stipulationes non diuiduntur.

Stipulatione uero aiunt esse diuiduam, idcirco potest quis sti pulari dimidiam domus partem sibi tradi, ut diximus supra in his. quæ in faciendo consistunt.

Secundo hoc est rem restitui aiunt esse diuiduam, non solum stipulatione, sed etiam obligatione, dicunt hoc probari in.l.iij. .§. hæres. ff. commod.

Ex hac distinctione multæ inter Doct. controuersiæ oriuntur, quæ non bene tolli possunt, si eorum doctrinam sequamur.

Ego uero existimo utramq́, hoc est rem tradi, quam rem re stitui & obligatione & solutione esse indiuiduam, nec ra tio reddi potest cur non idem in utraq́ dicatur.l. à Titio. ff. de uer. oblig. Et ut ita esse demonstretur scire oportet, id á quo res substantiam nomenq́ capit esse formam, & tantisper dum res non habet propriam formam, non dicitur res ipsa pro prié

Res capit substantiā nomēque a forma

Exempli causa ædificatur domus, anteaquam detur ei propria forma, quæ est consumatio, & perfectio ipsius rei.l. si is.§. quædā .ff. ad.l. Falc. non proprie dicitur domus, nam neq́ partes per se neq́ solum dicitur domus, licet sint partes integrantes .l. cum qui ædes. ff. de usuc. sequitur itaq́ partem rei non esse ipsam rē promissam. Eodem modo postquam res ex propria forma con stat, si quis partem ex ea detraxerit, non dicetur amplius illa ea dem res, cum eius forma interierit: quemadmodum si quis ex sci pho massam fecerit, quamq̃ massa remaneat, tamen non dicetur amplius illa eadem res, cum eius forma interierit, quemadmodū

si quis

si quis ex scipho massam fecerit,quamquam massa remaneat, tamen non dicetur amplius sciphus,cum substãtia eius mutata forma prope interempta sit .l. Iulianus.§.si quis.ff,ad exhiben.

Redeo nunc ad propositum,si quis igitur stipulatus fuerit rē sibi restitui ,puta domum,seu equum,si promissor restituat partē domus,non dicitur domum restituisse,cum pars domus , non sit illa domus.ut supra dictum est,&sic non restituit quod promisit & consequenter,stipulator non consequitur,quod stipulatus est, quod esse non debet.d.l.in executione.§. pro parte. Pars dom' nō est ipsa domus

Quod autem stipulatio,rem restitui sit indiuidua solutione, est tex.in.l. si duo hæredes .ff.depos.ibi,nisi pro solido res non potest restitui.

Quod autem sit indiuidua obligatione,est tex.aper.in.l.i.§.si apud duos.ff.depos. ubi res fuit apud duos deposita , & tamen aduersus unumquemq eorum agi poterit,glos.in uer.agi poterit ait,scilicet insolidū,si insolidū ergo est indiuidua obligatiōe, nec liberat alter, si cū altero agatur,non .n. electione , sed solutione liberantur,si igitur cum uno agatur,eoq totam rem in stipulationem deductam soluente,alter liberatur,sequitur obligationem esse indiuiduam,nam si esset diuidua,& unusquisq sua obligatione teneretur si unus solueret etiam totum,eius tantum obligatio tolleretur,alterius uero non esset enim ab illa diuisa, & tamen solutione unius,uterq liberatur.d.§. si apud duos.

Restat igitur ex his,obligationem rem restitui esse indiuiduā tam solutione,quam obligatione.

Sed huic conclusioni occurrit tex.in.l.iij.§.hæres.ff.commod quo tex. omnes fere Doc.asserunt probari stipulationē rem restitui,esse diuiduam.obligatione,vbi hæres cōmodatarij pro ea parte,qua hæres est. conuenitur,si pro ea parte,ergo &c.

CXCI. Noua Declaratio .§. hæres .l. iii.ff. commod.

OMISSIS quæ ab alijs super illo tex. dicuntur.

Pro solutione supponito,ex obligationibus,aliam uerbis,consensu aliam,aliam uero re contrahi. Vera solutio .§. heres

Re cōtrahitur in deposito,& commodato.Insti. quib. mod. re contrah. oblig. Quamobrem,nisi res deposita, seu commodata sit,impossibile est,quēquam ex deposito,seu commoda-

to obligari. In commodato itaq; ipsa res est, quę obligationem producit, & ideo si uni commodauero dimidiam partem uestis, alteri uero alteram, unusquisq; pro sua dimidia ex commodato obligatur, et pro parte conuenitur, impossibile est enim quempiam re obligari, nisi quatenus res ad eum peruenerit.

Nunc ad propositum, si res, puta uestis Sempronio commodata sit, eo mortuo, si duo supersint hæredes, unum quemq; pro ea parte, qua hæres est, actione commodati conueniri oportet, pro ea enim partē ad eum res peruenit.

At si forte in hæreditatis diuisione, tota uestis ad alterum hæredem peruenerit, & sic totius rei restituendæ facultatem habet, & nō faciat, hoc est rem totā non restituit, dicens se non teneri, nisi pro ea parte, pro qua hæres est, tamen cum ea res, penes ipsum tota sit & sic totam possidet restituere condēnatur insolidum, & hoc ut fiat boni iudicis arbitrio conuenit, condēnatur inquam actione cōmodati primaria, est igitur obligatus insolidum, cum tota res apud eum sit, hoc est quod dicit tex. in. d. §. hæres, ibi, nisi habeat facultatem totius rei restituendæ.

Et nota, q; in secundo casu, agitur eadem actione, hoc est actione, commodati, qua agebatur in principio, illa enim dictio nisi, exceptionem ponit, exceptio uero debet esse de regula. *l. nam* quod liquide. §. fi. ff. de penu. leg.

Et quia illa eadem obligatio, quæ erat penes defunctum, tota in unumquēq; hæredem, ut supradictum est, in decla. clxxxv. transiuit, ideo si res deposita, penes unum hęredem tota est, illa tota obligatione, pro tota re apud eum existente, conuenietur, si uero res penes utrunq; hæredem est, uterq; conuenietur, ut in principio illius. §. eatenus enim unusquisq; actione depositi obligatur quatenus apud ipsum res est, cum huiusmodi obligatio re contrahatur.

Quisque obligatur actione depositi quatenus apud ipsum res est.

Item si apud duos, res deposita sit, unusquisq; eorum insolidū obligatur, cum insolidum apud unumquenq; res deposita intelligatur. d. §. si apud duos, & ibi glos. in uer. agi poterit, id quod ostendit illa dictio distributiua unumquemq;, quæ unicuiq; actū insolidum attribuit, Bar. in. l. hoc articulo. ff. de hæred. insti. probat hoc idem. l. si duo. ff. depos. ibi insolidum conueniri poterūt ac si ipsi seruandum suscepissent: res est igitur, quæ obligationē producit, & quanta est res, tanta est obligatio, causa enim producit effectum sibi similem. l. manumissiones. ff. de iusti. & iur. ueluti si caliditas in quarto gradu, producat calidum quatuor graduū

caliditas dimidiata, hoc est in duobus gradibus calidum dimidiatum producit.

Ille igitur tex. in. d. . §. hæres procedit in commodato solum, seu deposito, & ita non obstat conclusioni nostræ, quæ loquitur in stipulatione, stipulatio enim est uerborum conceptio. l. v §. stipulatio.

Quicquid igitur uerbis conceptum est à stipulatore, ad unguē seruandum est, cum promissor uerbis ita conceptis obligetur, si quis igitur fuisset stipulatus rem sibi restitui, quo casu uerbis obligatio contrahitur. Insti. de uerb. oblig. in prin. promissor esset obligatus insolidum, & nisi pro solido rem non posset restituere, promisit enim rem ipsam restituere, non poterit igitur partem, quemadmodum nec stipulator posset partem petere arg. l. in commodato. §. duabus. ff. commod. & . d. l. si duo hęredes. ff. deposi. ubi dicitur, nisi pro solido rem non posse restitui.

Promittēs restituere totum nō pōt partē restituere

Si igitur promissor ad totam rem, ex stipulatione obligatus ē, eo defuncto, unus quisq; hæres pro solido est obligatus, cum obligatio, qua tenebatur defunctus, tota, ut dictum est in unumquenq; hæredem transeat, nō enim ex persona hæredum conditio hoc est natura obligationis mutatur. l. ij. §. ex his. ff. de uerb. oblig.

Quamobrem mortuo promissore, duobus relictis hæredibus, eadem obligatio quę erat in illo, transit in unumquēq; hæredum de quo supra in quarto præmisso dictum est, & quemadmodum in promissore, erat indiuidua, ita est indiuidua in uno quoq; hærede, non enim ex persona hæredum conditio, hoc est natura obligationis immutatur. l. iij. §. ex his. ff. de uerb. obli.

Verum est igitur stipulationem rem restitui, esse etiam obligatione indiuiduam, hoc est unusquisq; hæres non proportione hęreditaria, sed pro solido conueniendus est, quemadmodum & ipse promissor, pro solido poterat conueniri.

Oblig. rē restitui si nascatur ex stipulatiōe ē indiuidua

Ex supradictis collige, obligationem rem restitui, si nascatur ex stipulatione esse indiuiduā, si uero ex deposito posse dici diuiduā & indiuidua: nā si res tota est penes unū hæredē, est indiuidua si uero est penes duos, pro hæreditaria portione, est diuidua, unusquisq; enim tenetur, quatenus apud ipsum res est.

Sed dicit quispiam huiusmodi differentiam inter obligationē ex stipulatione: & ex deposito, minime admittendam esse, nam stipulatio adiecta contractui, sortitur illius naturam. l. si stipulās. ff. de usu, ergo sicut obligatio rem restitui potest esse diuidua ex

deposito, poterit etiam esse diuidua ex stipulatione adiecta deposito.

Quomodo intelligatur stipulationē sortiri naturā contractus cui adiicitur

Ad hoc dicas uerum esse stipulationem adiectam contractui intelligendam esse, secundum, illius contractus naturam, hoc est quicquid operatur contractus, operatur & stipulatio illi adiecta eo modo, quo ueniunt usurę ex contractu, ueniunt et ex stipulatione, sed stipulatio non intelligitur secundum essentiam contractus, alioqui sequeretur absurdum, nam si stipulatio adijciatur deposito, quod contrahitur re. Insti. quib. mod. re contrah. oblig. seu emptioni, quæ contrahitur consensu. Insti. de oblig. quæ ex cons. nas. ipsa etiam stipulatio diceretur re, uel consensu cōtrahi id quod esse non potest. Insti. in prin. de uerb. oblig. & .l.i.ff.eo.

In proposito nostro in.d.§.hæres, obligatio contrahitur re, cum loquatur in commodato, & ideo dicitur indiuidua, si uero res est apud duos hæredes, cum duo re obligentur, si res tota est, apud unum dicetur etiam indiuidua, & hoc fit ex essentia contractus, id quod in stipulatione esse non potest, cum non re, sed uerbis obligatio contrahatur, & quia una est uerborum conceptio pro re restituenda, ita est una obligatio, & indiuidua, ut ex supradictis patet.

Declaratio .l.in cōdictione

Sed huic opinioni aduersatur tex. in .l.in condictione.ff.de cōdic.fur. ubi dicitur hæredem furis, teneri condictione furtiua ad rem restituendam, pro parte pro qua hæres est.

Omissis his, quæ ab alijs super hoc traduntur, dicito actionē, qua ibi agitur ad rem restituendam, nasci ex obligatione, quæ ex maleficio sine partium conuentione orta est. Insti. de oblig. quæ ex delic. nas. in prin. non autem re contrahitur, sicut in deposito, & commodato.

Ex furto itaq; nascitur obligatio, ex qua duæ oriuntur actiones, una nominatur actio furti, qua pæna, altera condictio furtiua qua res ipsa petitur. l. si pro fure. §.i.ff.de condic.fur.§.fi. Insti. de oblig. quæ ex delic. nas. cuius condictionis ea est natura, ut si tota res sit apud furem hac condictione, tota petatur, si pars itidē & pars petatur, l. si seruus. §. boue. ff. de cōdic. furti. & si res apud furem non extet, eiusmodi condicio datur ad eius æstimationem .l. in re furtiua. ff. eo. sed quando, pars cōdicitur, puta mortuo boue, condicitur corium, potest totius rei pretium condici, detracto tamen corij pretio, est itaq; huius condictionis natura, ut non solum pro tota re, sed pro eius parte competat, d, §. boue. quam na

turam consecuta est a causa efficiente hoc est a facultate legumlatrice.

Mortuo itaque fure illa eadem obligatio, quæ erat in ipso, est tota in unaquoque suo hærede, de quo supra in quarto præmisso dictum est, nec ex persona hæredis condictio, hoc est natura obligationis immutatur. d. l. ij. §. ex his. ff. de uer. oblig. Ea igitur condictio, quæ ex ea nascitur, competit natura sua pro tota re, si tota est apud alterutrum hæredem uel pro parte, si pars apud unum est. d. §. boue.

Vnde si unus est hæres, & pars rei furtiuæ ad eum peruenit, tenetur illam partem restituere, eius uero partis quæ ad eum non peruenit æstimationem soluere cogetur, & ita potest dici insolidum teneri, partis enim rei furtiuæ apud hæredem non extantis æstimatio debetur, d. §. boue, & hoc odio furis receptum est. arg. §. sic itaque discretis Inst. de actio.

Si uero non sumus in re furtiua, unusquisque hæres pro ea parte quæ ad eum peruenit, tenetur. l. si plures. ff. de ui & ui arm. ubi Paulus in hæc uerba ait, si plures hæredes sint unusquisque nō amplius quam ad eum peruenerit tenetur, qua de causa interdum insolidum tenebitur is ad quem totum peruenerit, quamuis ex parte hæres sit. hæc ille. Hanc autem naturam ut dixi habet á lege, ut hæredes delinquentis conueniantur in id quod ad eos peruenit. l. 1. C. ex defun. delic. facit tex. in l. i. §. fi. in ultimis uerbis, ff. de ui & ui arm. ibi de eo quod ad eum peruenit, & l. ij. C. unde ui ubi Imperator ait hæredes teneri in tantum, in quantum ad eos peruenit,

At in casu de quo loquimur secus est, nam si quis domum sibi uel equum restitui stipuletur, non poterit equi uel domus partem à promissore petere, & si peteret exceptione summoueretur, peteret enim aliud, quam quod fuerit stipulatus, nam pars domus non est ipsa domus, nec pars equi, est ipse equus, sicut nec pars faciei est ipsa facies. Arist. de natura anim. in princ. sunt. n. res dissimilares. Pars equi nō est equ' pars faciei nō ē ipsa facies

Quemadmodum is qui lecticam commodauit, si partem petat, non rectè aget. l. in commodato. §. duabus. ff. comm. & not. illũ tex. ratio est, quia pars lecticæ non est lectica, quamobrem non petit id quod commodauit. Ita in stipulatione rem restitui dicendum est.

Præterea à fine sumitur ratio eorum quæ sunt ad finem. l. oratio. ff. de spons. Arist. v. Eth. Solutio est finis obligationis, si igĩ

huiusmodi stipulatio solutione est indiuidua, quia pro par solui non ptoest. d.l.stipulationes non diuiduntur, sequitur u etiam obligatione sit indiuidua, ita ut unusquisque hęres insoli dum teneatur, frustra enim pro ea parte, pro qua est hæres tenet tur, si conuentus partem soluere non posset. lex & natura nih frustra facit. l. hæc stipulatio. §. diuus. ff. ut leg. no. cauea. Arist .i. Polit.

Et quia supradictum est, quando tota res est penes unum e hæredibus, eum pro solido teneri d. §. hæres Huic sententiæ oc currit tex. in. l. si tibi homo. §. si fundus. ff. de leg. i. ubi fundus a omnibus hæredibus legatus fuit, qui unius hæredis erat, & sic t tus fundus erat penes unum, & tamen non potest nisi pro ea parte, pro qua est hæres conueniri, in reliquas uero partes reliqu tenentur, non est igitur uerum eum posse insolidum conueniri, apud quem tota res est.

Sed ille tex. certè non obest, est enim diuersus casus, nam in. §. hæres obligatio contrahitur re, cum res sit commodata, is igitur hæres penes quem res commodata est re obligatur, actioneque cō modati tota re penes eum existente insolidum conuenitur, alios uero apud quos nulla rei pars extat, impossibile est re obligari, idcirco non tenentur, ut supradictum iam est.

Stipulatio rē restitui & obligatiōe & solutione en indiuidua

At in. §. si fundus, sumus in legato quo casu hæres non obliga tur re, sed adeundo hæreditatem tenetur ex testamento. Inst. quæ ex quasi cont. nasc. . §. hæres. cum igitur ibi plures hæredes adie rint hæreditatem, unusquisque adeundo pro sua portione obliga tur, ob quam tenetur, uel redimere partem fundi legati, uel æsti mationem præstare. Inst. de leg. §. non solum, & ita ille. §. si fun dus non est contrarius. §. hæres. Stet igitur firma conclusio

Stipulatio rem restitui est indiuidua & obligatione, & solutione, quemadmodum rem tradi, cui conclusioni, ut demon stratum est nihil obstat.

CXCII. Declaratio, quare seruitutes sint indiuiduæ, & quæ res dicantur diui= duæ, uel indiuiduæ natura.

SVNT pterea quædam quæ nec cōtractu, nec obligatone nec solutiōe diuisionem recipiunt, ueluti uia, actus iter, aquædu ctus cæteræque seruitutes, hæc enim natura ipsa diuisionem

nullo modo admittunt. d.l. stipulationes non diuiduntur. d.l. ff. .§. & harum. ff. de uerb. obl. hæc enim dicuntur indiuidua contractu, propterea q non potest quis partem uiæ seu itineris stipulari. nec pars promitti potest Sunt præterea indiuidua obligatione, quia hæres non pro hæreditaria portione, sed insolidum tenetur. Sunt postremo indiuidua solutione ea ratione, quia eorum pars neque peti neq solui potest .l. libertus .ff. de oper. liber. Sed quamobrem hæc ita sint, uariæ à doctor. redduntur rationes, sed omnes fere a scribentibus mordentur. hanc ob causam eas missas faciamus.

Tu uero audi quam arbttror ueram esse rationem, sed prius scire oportet, ea solum in partes diuidi posse, quæ sunt mixta, seu composita, habentq corpus partesue eius, ueluti lignum saxum, uitrum glacies, & huiusmodi, hæc enim habent poros, uel raros, uel densos, directos, siue transuersos, quibus poris res diuidi, scindi, findi diminuiq possunt. Arist. in iiij. metau. & hæc natura diuidua dicuntur.

E contrario res quæ non sunt mixtæ seu compositæ, nec habēt corpus siue partes, & consequenter nec poros neq diuidi, neq findi, neq scindi natura possunt, ut sunt res incorporales, ueluti anima, Angeli. punctum, & forma naturalis seu artificiosa facta siue facienda, quæ ideo dicuntur indiuidua, quoniam si diuiderētur, non essent eædem, impossibile est enim in partes id diuidi, quod partes non habet. sed iter actus uia sunt incorporales. Inst. de reb. corp. & incorpo. & ideo partes non habent. Et licet sint res incorporales, tamen extant, si extant ergo habent proprium esse & substantiam, & consequenter habent propriam formam, nihil enim dat esse rei nisi forma. l. Iulianus .§. si quis. ff. ad exhiben. res igitur incòrporalis tota est forma, in eaq consistit, quemadmodum sunt angeli & anima, & forma, merito igit diuisionem non recipiunt nulla enim forma præter uegetatiuam recipit diuisionem.

Ducatur itaq hocmodo argumentum. ea solum possunt diuidi, quæ habent corpus & partes: sed iter uia cæteræq seruitutes non habent corpus & partes, sunt enim incorporales, ergo diuidi non possunt, hoc ipsum uult tex. in . d .§. & harum cum ait, has res natura diuisionem non admittere, nec lex eas diuidit, quia natura diuidi non possunt .l. hæredes .§. an ea .ff. famil. hercifcun.

Quemadmodum si quis stipularetur sibi dari partem puncti,

ſtipulatio non ualeret, eſt enim impoſſibile puncti partem præſtari, cum punctum nullas habeat partes, & impoſſibilium nulla eſt obligatio. l. impoſſibilium. ff. de reg. iur. Ita ſi quis ſtipularetur partem uiæ itineris, aliarumque ſeruitutum, nulla contraheretur obligatio, eſt enim impoſſibile, harum partes deberi, cum nullã habeant partem, ſunt enim incorporales. l. 1. ff. de rer. diu.

Seruitutes per ſe conſiderate ſunt omnino indiuiduæ

Eſt itaque diligenter aduertendum, quod aut conſideramus iter actum & uiam, prout in iure conſiſtunt, & ita ſunt ſeruitutes, & per conſequens incorporales, & tunc ſunt omnimodo indiuiduę. Ita procedit tex. in. d. l. ſtipulationes non diuiduntur, & tex. in. d. §. & harum, ubi dicitur has natura diuiſionem non admittere, & tex. in. d. l. heredes, qui dicit ſtipulationem harum ſeruitutum per legem duodecim tabularum non diuidi, quia nec poteſt. nota accurate illa uerba, nec poteſt, quia negatio præpoſita ante uerbum poteſt, negat potentiam ab actu.

Seruitutes reſpectu ſubiecti poſſunt diui quodãmodo diuiduæ

Aut conſideramus huiuſmodi ſeruitutum ſubiectum, hoc eſt fundum cui debetur. & fundum qui debet, uel fiſtulas. quibus aqua ducitur, & tunc poteſt quis ſtipulari iter ſeu uiam, ad certam partem fundi ſui, & per certam partem fundi uicini, at ſi a principio ſimpliciter ſeruitus ſit conſtituta, ab omnibus partibus fundi ſeruientis, omnibus fundi dominantis partibus debetur. l. uię conſtitui. §. quæcunque ff de ſeru. ruſt. pręd.

Poteſt & pro parte utriuſque fundi remitti. d. l. ad certam, quã obrem quodammodo ſeruitus diuiſa uidetur, ſed minime diuiditur, nam quemadmodum quãdo in toto ſpeculo eſt imago tua, ſi partem è ſpeculo dempſeris, imago tua non diuiditur, ſed tota remanet in parte, & ſi a principio partem ſpeculi accipias, tota imago in ea apparebit parte.

Ita tota ſeruitus poteſt in certa fundi parte conſtitui d. l. qui ad certam, & ſi in toto fundo erat conſtituta, potes certam partẽ fundi ſeruientis liberare, tota tamen ſeruitus in altera parte remanebit, ſicut dictum eſt de imagine in ſpeculo.

Item ſi fundus, cui ſeruitus debetur, certis regionibus inter plures dominos diuiſus ſit, omnibus partibus tota, & non diuiſa ſeruitus debetur. l. uia conſtitui. §. quæcunque. ff. de ſeru. ruſt. pręd. ſicut dictum eſt de imagine in ſpeculo. in quarto præmiſſo.

Aque ductus uti ſeruitus eſt indiuiduus.

Item ſi conſideramus aquęductum, prout eſt ius aquę ducendę erit omnino indiuiduus, prout eſt iter & uia, conſiſtit in iure, & ſic eſt incorporalis. Inſt. de reb. corpor. uel incorpor. ſi incorporalis

poralis, ergo non habet partes, si partes non habet, ergo diuidi non potest, ut dictum est, de uia, & itinere.

At si consideramus fistulas, et loca, per quæ ducitur aqua, poterunt hæc in partes diuidi, & pars diuisæ fistulæ non erit pars, sed tota fistula arg. l. si quis duas. §. si quis partem. ff. commun. prædio. aquæ ductus tamen non diuisus, sed totus erit, in qualibet fistulæ parte, sicut dictum est supra de itinere, & uia. ita procedit tex. in. l. Lutio cum. l. sequenti de aqua quoti. & æsti. ff. ubi Julianus ait, aquam non solum temporibus, sed mensuris posse diuidi, nota q dicit aquam, non autem dicit, aquæ ductum, hoc ẽ ius aquæ ducendæ. Concludo igitur ex his, seruitutes in se omnimodo esse indiuiduas, ratione uerò subiecti in partes diuisi, quodammodo diuisæ dici possent, non tamen diuiduntur.

Aqueduct' respectu fistulæ seu loci dicit quodãmodo diuidu'

CXCIII. Declaratio, quare ususfructus sit diuiduus.

DVBITATVR, an usufructus sit diuiduus, uel indiuiduus, tex. in. l. stipulationes non diuiduntur. ff. de uerb. obli. ostendit esse indiuiduum, dum ait, stipulationem uię, itineris actus, aquę ductus, cęterarũq; seruitutum diuisionem non recipere, hoc enim nomen cætera cæterum, quamuis sit relatiuum diuersitatis, refert tamen antecedens diuersum à consequenti, cum quo concordat, ostenditq; consequens esse eiusdem generis, uel speciei, cum antecedenti, quod refert, sicut igitur antecedens, hoc est uia, & iter est indiuiduum, ita hæc appellatio cæterarum ostẽdit alias seruitutes, & per consequens usumfructum esse indiuiduum.

Relatiuum cætera cæterum quid referat

E contrario est tex. in. l. i. §. si usufructus. ff. ad. l. fal. & in. l. usufructus. ff. de usufruc. & in. l usus pars. ff. de usu & habi. ubi apertè ostenditur, usumfructum esse diuiduum, & ita ferè omnes Doc. tenent, quibus & ego assentior, cum his legibus responderi non possit.

Ad tex. in. d. l. stipulationes nõ diuiduntur respõdet ibi glos. in uer. seruitutum, omnes seruitutes esse indiuiduas præter usumfructum, hanc glos. approbant Doc. quibus standum est, propter illas leges paulo ante citatas.

Ad argumentum de relatiuo cæterorum, responde, relatiua huiusmodi cætera, alius alia aliud, referunt consequens esse eiusdem

generis cum antecedenti,unde illud,& casia atq; alijs intexens auibus hærbis,illo relatiuo,alijs ostenditur casiam esse hærbam & sic eiusdem generis sed non eiusdem naturæ,nam licet casia in genere hærbarum , tamen alia est natura casiæ , alia cæterarum hærbarum.

Ita dicendum est de usufructu , nam licet sit in eodem genere supremo,in quo aliæ seruitutes,tamen natura usufructus ab aliarum seruitutum natura,longè distat,nam equus , & homo sunt sub eodem animalis genere,tamẽ equi natura ab homine magnopere differt : Vsusfructus enim qui comparatur animæ uegetatiuæ,ut inferius ostenditur,non est eiusdem generis sub alteram,cum uia & itinere,quæ comparãtur animæ sensitiuæ, quemadmodum anima uegetatiua non est eiusdem generis subalterni, cum anima sensitiua,ut claré inferius patebit .

Sed quærenda est ratio,quamobrem usufructus solus,inter seruitutes sit diuiduus.

Noua ratio quare usu fructus sit diuidu'

Omissis his,quæ ab alijs dicuntur,hanc si placet accipito rationem,mihi quidem satisfacit pro qua sciendum est,quemadmodum natura fecit aliquam formam omnino indiuiduam,aliquam uerò diuiduam,exempli causa , anima rationalis , quæ est forma hominis, est omnino indiuidua,item & anima sensitiua,siu sensiua, est enim tota in toto,& tota in qualibet parte,ut dicũt philosophi,& Doc. in.d.l. stipulationes non diuiduntur,& præsertim Bar. in tertia oppo. si enim abscinderetur pars hominis,siue equi,puta pes,seu crus,non diuideretur anima rationalis seu sensitiua,in illo enim crure inciso,non esset pas animæ, sed tota erit in reliquo corpore.

Anima uegetatiua diuidua

Anima uerò uegetatiua est diuidua,est enim per omnes plantę partes dispersa,et si ex planta ramus abscindatur,in illo ramo est etiam pars animæ uegetatiuæ,adeo q; si quis ramum humi defixerit comprehendet terram,radicesq; aget, germinabit , fructusq; afferet, hæc enim fieri non possent,si in eo ramo, pars animæ uegetatiuæ non existeret cuius ea est uirtus,ut planta radices agat, nutriatur,crescat,generetq; Aristo, ij. Polit. & in ,ij. de anima plenius.

Ita facultas legumlatrix imitans naturam, constituit quasdam seruitutes omnino indiuiduas,ut est seruitus uiæ itineris, & huiusmodi,quæ est tota in toto,& tota in qualibet parte,sicut anima rationalis, & sensiua.l.uia constitui.§.quæcunq; .ff. de serui. rusti. prædio,& ibi Bar. non tamen huiusmodi seruitutes sunt

ſparſæ per totum fundum, ſed poteſt quis uti uia, itinere per quã libet fundi partem, & qua primum uiam direxerit ea demum ire agere debet, nec amplius mutandi poteſtatem habet .l. ſi cui .ff. de ſerui.

Licet igitur ſeruitus uiæ & itineris, ab omnibus fundi ſeruien tis partibus, unicuiq; dominantis fundi debeatur .d.§. quæcunq; tamen ſi dominus fundi, cui ſeruitus debetur, cæperit ire per unã partem, tota eſt in ea parte, & non in alijs. d.l. ſi cui, non eſt igi tur per totum fundum diſperſa, quamobrem nec eſt diuidua.

Conſtituit præterea, eadem legumlatrix facultas aliam ſeruitu tem, quę eſt diuidua: puta uſum fructum, eſt enim uſusfructus ius alienis rebus utendi, & fruendi, & eſt ius in corpore, quo ſubla to, & ipſum tolli neceſſe eſt. l.i. & .ij. ff. de uſufruc. Si eſt ius in corpore ergo eſt per totum corpus diſperſum: Vſusfructuarius enim ſi cęperit uti frui una parte fundi, poterit etiam & alijs par tibus uti frui .l. hactenus. ff. de uſufruc. quod facere non poteſt is qui habet iter ad fundum, nam ſi cæpit ire per unam partem fun di, poteſt prohiberi, ne per alias partes eiuſdem fundi eat .d.l. ſi cui.

Non eſt igitur uſusfructus totus in toto, & totus in qualibet parte, ſicut iter, & uia, nam ſi uſusfructuarius percipiat fructus ex una parte fundi, puta ex uinea, illa fructuum perceptio non eſt to tus uſusfructus, poteſt enim, & in alia fundi parte percipere fru ctus, puta poma, et ſic uſusfructus eſt, per totum fundum diffuſus ſicut anima uegetatiua per totam plantam. Vſusfru ctus nõ eſt tot' in to to & totus ĩn quali bet partẽ

Et ſi ex planta, quarta pars auferatur, & quarta pars animę ue getatiuæ cum illa aufertur. Eodẽ modo ſi ex fundo, in quo uſus fructus legatus eſt, per l. fal. quarta pars auferatur, & cum ea quar ta pars uſusfructus auferatur .d.l.i.§ ſi uſusfructus, & ibi gloſ. quia Ariſto, ait poſſe quartam partem ex eo uſufructu, ſicut ex corporibus retineri.

Non ab re igitur Iureconſ. ait, uſusfructus eſt ius in corpore, hoc eſt in toto fundo, poteſt enim arare & colere totum fundum, eoq; frui, nec poteſt prohiberi, quin id faciat. d.l. hactenus, nec is qui conſtituit uſumfructum, ſeu eius hæredes poſſunt totũ uſum fructum, ad unam fundi partem reſtringere, ita ut altera pars ſit li bera, quemadmodum non poteſt quis totam animam uegetatiuã ad unam partem plantæ reſtringere, ita ut non ſit in altera, ſed be ne is qui legauit uiam, ſeu iter, & eius hæredes per quam fun di partem uelint conſtituere poſſunt determinare, & in ea par Iter ſemel cõſtitutum poteſt quis ad partem fundi to tum reſtrĩ gere

te,ad quam iter seu uia determinata est tota seruitus erit, cæteræ autem partes agri liberæ sunt.l.certo.§.i.&.l.uia.ff.de seru.rust. prædio.ratio est,quia usufructus est ius in corpore, cæteræ uero seruitutes in corpore minime sunt,est igitur usufructus per totũ fundum diffusus,sicut anima uegetatiua per totam plantam,& sicut anima uegetatiua diuiditur in tot partes, in quot & planta, ita & usufructus diuidi potest, in tot partes, in quot, & fundus.

Est item usufructus in corpore fundi,quemadmodum albedo in corpore chartæ,in quot enim partes diuiditur charta,in tot & illa albedo diuiditur ita in quot partes,fundus diuiditur, in tot & usufructus secabitur. Habes ex supradictis rationem,quamobrem usufructus sit diuiduus, cęteræ uerò seruitutes indiuiduæ.

CXCIIII. Declaratio quare usus sit indiuiduus.

Vsus ueiser uit⁹ quid

RESTAT, ut uideamus,quamobrem usus,non sit diuiduus,quemadmodum & usufructus. Vsus nudus,est ius utendi rebus alienis,non autem fruendi, usus enim est sine fructu,fructus uero sine usu esse non potest.l.i. & ibi glos.l.per seruum.§.usufructus.ff. de usu & habita.

Est igitur duplex usus unus,quæ est seruitus,et sine hoc potest esse fructus.l. sed ei eod.tit.

Vsusfruct⁹ quomodo cõtineat usum

Est & alius usus,qui fructus inest d.§. usufructus,quando igitur inest fructui,non est seruitus,dicitur autem inesse fructui, propterea qui habet usum fructum potest facere id quod potest usuarius,& multo amplius: non sunt tamen duæ seruitutes separatę sed est una,idest usufructus,qui natura sua continet omnes usus, uirtutes,& potentias,sicut anima sensiua continet in se animam uegetatiuam,non tamen sunt duę animæ,sed sensiua per æquipollentiam continet omnes potentias,& operationes uegetatiuę.

Hic igitur usus quæ est seruitus,est indiuiduus ,non tamen est ius in corpore,ut usufructus,non enim potest usuarius prohibere,quo minus dominus agri colendi causa ibi uersetur.l. fundi.ff.eo. Item usuarius necarat,nec colit agrum,id quod usufructuarius facit.d.l.hactenus.ff. de usufruc. sed solum potest uti lignis,& horto,& pomis,& oleribus,& floribus ad usum quoti-

dianum honestum,non autem ad abusum .l.plenum.in.eo. est tamen totus,in toto fundo,& totus in qualibet parte,quemadmodum iter, & uia .l. uia constitui .§. quæcunque .ff. de ser. rusti. prædi.

Vsus est totus in toto & tot in qualibet parte

Quod autem sit in toto fundo,facile patet, pone usum uineæ relictum Titio,pone etiam huic Titio pro usu quotidiano,et honesto sufficere quatuor botryones siue racemos poterit Titius in una quaque parte uineæ particulatim dictos racemos colligere, & sic habet totum usum in tota uinea.

Ita,& qui habet iter simpliciter potest per quamlibet fundi partem ire.l.sicut.ff. de serui. At si is,qui habet iter cæperit ire per unam partem,non poterit pet aliam partem ire, est enim totum iter, totaque uia in illa parte .d.l.si cui,uer. Verum. Ita si is qui habet usum in una parte uineæ, colligat quatuor botryones, qui sibi ad usum quotidianum sufficiant,non poterit eodem die,in alijs uineæ partibus amplius colligere,proptereaque non ad usum,sed ad abusum colligeret,id quod facere non potest. d.l. plenum.

Est itaque usus totus in toto,& totus in qualibet parte, quemadmodum iter,& uia.d.§.quæcunque &c. Est igitur usus similis animæ sensiuæ,quæ est tota in toto,& tota in qualibet parte, ut dicunt philosophi,& Bar. in.l. stipulationes non diuidũtur in tertia oppo.& consequenter est similis itineri,& uiæ,sequitur ut nec diuidi possit. d.l. usus, quemadmodum nec uia, nec iter.

Distat itaque usus longè lateque ab usufructu, hic enim sensiuæ animæ æquiparatur,ille scilicet ususfructus uegetatiuę,hic potest esse totus in toto,& totus in qualibet parte, quemadmodum & anima sensitiua,ille,hoc est usufructus non potest esse totus in qualibet parte,est enim diffusus per totum fundum,quemadmodum anima uegetatiua,per totam plantam.

Vsus in quo differat ab usufructu

Exempli causa si Titio relictus sit usufructus uineæ,poterit is qualibet uineæ parte uti,& in qualibet,eadem die, colligere fructus,& sic totus usufructus est in tota uinea. At si colligat fructus in una parte,non habebit totum usumfructum,non enim est in ea parte totus fructus,nec potest prohiberi, quin & alia parte fruatur, fructusque ex ea colligat.

At si is,qui habet usum,colligat in una parte fundi, quantum sibi uno die ad usum honestum sufficiat,non poterit in alia parte amplius colligere,colligeret enim ad abusum,non autẽ ad usu

quod facere nequit .d.l.plenum.

Ex his patet, usum posse in una parte totum consistere usum fructum uero minime, est igitur usus similis animæ sensitiuæ, & itineri, ut dictum est, hanc ob causam est indiuiduus, sicut & il & de hoc supradictum est, Et hanc arbitror ueram esse ratio nem, quamobrem usus fructus est diuiduus, usus uerò indiui duus.

CXCV. Declaratio quare stipluatio amplius non agi: & rem ratam haberi dicantur diuiduæ.

QVAERITVR etiam quamobrem stipulatio amplius non agi, & rem ratam haberi dicantur diuiduæ, ut.l.eadẽ .§.Cato.ff.de uerb.oblig. Et stipulatio domum ædificari fossam fodi indiuidua, sine controuersia uocatur, & est

Scribentes in.d.§.Cato, & in.d.l. stipulationes, ponunt regu lã, qua, aiunt posse discerni diuiduum ab indiuiduo, ea hæc est.

Ratio scribentium quomodo cognoscatur diuiduum & indiuiduum nõ ẽ bona

Quando pars affert tantam utilita tem respectu partis, quantã totum respectu totius, tunc res siue stipulatio dicitur diuidua, exempli causa, pone familiæ meæ sufficere uno anno decem fru menti modios, si stipulor à te illos dari, si tu dares quinq;, hi nu triunt familiam meam sex mensibus, quemadmodum decem mo dij duodecim mensibus pars igitur tantam utilitatem respectu partis, quantam totum respectu totius affert,

Altera est regula, quando pars non affert tantam utilitatem re spectu partis, quantam totum respectu totius, tunc res siue stipu latio iudicatur indiuidua, ut puta, ut ipsi aiũt, tota domus defen dit à pluuia, & uento, pars uero, ueluti paries, à pluuia & uento, minime nos tuetur quamobrem stipulatio domum ædificari est indiuidua, & sæpius hæc regula ab eis repetitur, quæ si uera esset profecto domum ædificari esset diuidua.

Finge enim Titium stipulatum fuisse à Seio sibi domum ædi ficari, domum inquam ita architectatam, ut haberet unam aulam, cum duobus cubiculis, & cum cella uinaria ad orientem spectan tem, & aliam aulam cum totidem cubiculis, & inferius stabulo, uersus occidentem, & si aliter factum sit, pęna certæ pecuniæ pro missa sit, quæ duæ aulæ non erunt duæ domus, sed partes unius

domus atrio coniunctæ.

Mortuo Seio, si ex duobus eius hæredibus alter ædificet, dimidiã præscriptæ domus, puta quæ ad Orientem spectat cum tabulatis pauimentis tectisq; suis, poterit profectò in ea parte stipulator habitare, uinumq; in cella uinaria ponere, eaq; pars à uẽto & pluuia omnino defenderet, affert igitur tantam utilitatem pars illa respectu partis, quantam totum respectu totius afferret. Si igitur ea regula uera esset, sequeretur stipulationem, insulam ædificari esse diuiduam, quod est falsum. d. l. stipulationes non diuiduntur.

Sed dicet quis, illa pas ita ædificata est tota domus. l. si quis duas, §. si quis partem. ff. communia prædio. Huic obiectioni facile occurres, ille enim. §. si quis, habet locum quando dominus habet domum perfectam, eamq; medio pariete ædificato, in duas domos diuisit, uoluit ergo dominus expressé ex una domo, duas efficere.

At in casu proposito, stipulator concepit unam domum, cum suis membris, quæ simul composita, atq; ordinata, faciunt unam formam, & consequenter unam domum, promissor uero seu eius hæres, fabricauit unam partem, quæ non facit formam, & compositionem à stipulatore mente architectatam, uerbisq; stipulationis expressam, id igitur quod est ædificatum, est pars, & non tota domus, & tamen tantum utilitatis respectu partis affert, quantã tota domus respectu totius, non est igitur uera regula.

Hanc ob causam Bar. ponit alteram regulam, in. l. stipulationes non diuiduntur in. x. col. ubi in hæc uerba ait, illud factum dicitur indiuiduum, q; si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, in diuersis solutio fieret, illud igitur dicitur indiuiduum, cuius solutio fieret in diuersis rebus, si pro parte fieret, pro parte uerò non, hæc ex Bar.

Et ne res exemplo egeat, promisit quis tradere fundum, si posset fundi partem tradere, & ita ab ea liberaretur. alteram uero nollet præstare, pro ea, in id quod interest teneretur. d. l. stipulationes non diuiduntur, quamobrem fieret solutio in diuersis rebus, quia stipulator partim haberet rem, partim id quod interest, id quod fieri posse negat Iureconf. in. l. in executione. §. pro parte. ff. de uerb. oblig. Factum itaq; efficitur indiuiduum, secundm Bar. ne eius solutio in diuersis fiat.

Ratio Bar. quomodo cognoscatur diuiduum ab indiuiduo nõ ẽ bona

Hæc regula minime satisfacit, illud enim quod dicitur, rem nõ posse solui, nisi insolidum, ne solutio in diuersis fiat, habet locũ,

quando obligatio ad rem unam in genere, ex conuentione partiū una est, tunc enim præsumendum est, contrahentes uoluisse, ut solutio in una re non autem in pluribus fieret, & ideo si aliter eueniret esset contra mentem stipulatoris, & ita loquit. d. §. pro par.

Exempli causa, si hominem generaliter a te stipulor, tu par. Stichi soluas, deinde uelis soluere partem Seij, hoc facere nequaquam potes, ne in diuersis hominibus partes soluantur. d. §. pro parte. At si abs te partem Stichi mihi tradi stipuler, itidem & partem Seij, duæ omnino sunt obligationes, etiamsi una esset uerborum conceptio. l. scire debemus. ff. de uer. oblig. Hoc casu si soluas partem Stichi ab ea parte liberaris, si nolis deinde tradere partem Seij, profecto ad æstimationem teneberis.

Solutio quādo potest fieri in diuersis rebus.

Vides igitur posse fieri solutionem in diuersis rebus, quando duæ sunt obligationes, non enim hoc casu fit contra stipulantis uoluntatem: ita quando quis stipulatur fundum tradi, si promissor tradita una parte nolit alteram tradere, tunc succedit altera obligatio ad facti æstimationem. d. l. stipulationes non diuiduntur in fi. Sunt enim duæ obligationes, una inducta ab homine, quæ ad tradendum seu faciendum datur. Altera inducitur a lege ad æstimationem, si non fuerit factum quod promissum est.

Sol. quando nō potest fieri in diuersis rebus

Et quando sunt duæ obligationes nihil prohibet, quin præstatio in diuersis rebus fieri possit, cum sint diuersæ obligationes ut supra demonstratum est, & in hoc casu non loquitur. d. §. pro parte, sed solum quando est una obligatio ad hominem seu lancem generaliter, tunc uerum est non posse solui partem in uno homine, partemq; in alio, & ita procedit tex. in. d. §. pro parte, per Bar. alleg. huiusmodi differentia uidelicet. an sit una, an plures obligationes, confirmatur ex doctrina Imol. in. l. supra iter. §. officium. ff. de aqua plu. arcen. refert Iason in. l. ij. §. & harum in iij. col. uer ult. pro complimento. de uer oblig.

Quamobrem. d. regula Bar. ibi non probatur, Ias. item ponit alteram regulam in. d. §. Cato in iiij. col. dicens, in istis stipulationibus iter fieri, si unus ex hæredibus impediat nocet stipulatori perinde ē ac si omnes impedirent, exempli gratia: promisisti iter, uel non impedire si unus hæredum dumtaxat impediat, perinde est ac si omnes impedirent.

At in stipulatione amplius non agi uel rem ratam haberi, mortuo promissore, quatuor relictis hæredibus, si unus agat pro quarta parte, non nocet stipulatori. nisi in quarta parte. est igitur regula, inquit ipse, quod illa dicuntur indiuidua, quando stipulator

lator offenditur ab uno, & ita sibi nocet, ac si ab omnibus offenderetur. sed quando stipulatio est talis, ꝙ si unus contraueniat, non facit mihi damnum nisi pro parte erit id profecto diuiduum, & hæc ratio est uera, sicut Deus est Deus, hæc ille ad uerbum.

Quid ais Ias. si Lutius petebat iter per fundun meum ad fundum suum, & tandem amicitia fortasse ductus, promisit amplius non agere: mortuo Lutio duobus relictis hæredibus, si alter agat & obtineat, nonne habebit per fundum meum solidum iter, & ideo perinde nocet mihi ac si omnes egissent, ergo stipulatio amplius non agi ex regula tua esset indiuidua, id quod est contra tex. in. d. §. Cato nisi dicas. d. §. Cato loqui in stipulatiōe qua agitur ad pecuniam uel ad quantitatem, quo casu est diuidua, quando uerò ageretur ad speciem seu ad iter esset indiuidua, & in primo casu haberet locum regula tua, sed hoc nil aliud est, quam omnino restringere & uiolare illum tex. secundū Imol. cui tu Ias. assentiris in. d. l. stipulationes non diuiduntur in xvij. col. uers. istam regulam limitat nu. 29. loquitur enim tex. indistinctè, & ita indistinctè est intelligendus. l. de pretio. ff. de publi. Nulla igitur huc usꝗ data est regula, qua facile diuiduum ab indiuiduo cognosci possit. Rō Ias quo modo cognoscatur diuiduum ab indiuiduo non ē bona

CXCVI. Declaratio, quomodo cognoscitur diuiduum ab indiuiduo,

PRO intelligentia ut sine controuersia discernas diuiduum ab indiuiduo, facito duas regulas. Vna ea sit. id quod est sine materia, totum est forma, ut sunt res incorporeæ, ueluti anima, Angeli. iter. actus, & huiusmodi omnino est diuiduum. Res incorporea ē omnino indiuidua

Item illud quod cum materia propriam habet formam, siue naturalem, siue artificiosam, indiuiduum est utputa tradere domum, uestem restitui & huiusmodi, hæ enim res habent formam idcirco ratione formæ sunt indiuiduæ.

Item si non habet formam, sed à promissore danda est, utputa domum ædificari, & fossam fodi dicitur indiuiduum, ratio est, ꝙ forma dat esse speciem nomenꝗ materiæ. exempli causa, forma hominis, q̄ est anima rationalis dat materiæ, esse speciē nomēꝗ ita ut homo dicat̄. Forma domus q̄ ē partiū cōcinna cōpositio Aīa rōnalis forma hominis

ordo & figura dat esse materiei, esse speciem atque nomen, ita ut domus appelletur, huiusmodi autem formæ postquam existunt, seu postquam sunt, a stipulatore conceptæ, omnino sunt indiuiduæ, ut refert Iason in .l.i.§.sed si mihi.ff.de uer.oblig.in iij.co nu.vi.ratio, quia ex rei consumatione & perfectióne consistunt .d.l.si is qui.§.quædam.ff.ad.l.Falc.de quo supradictum est.

Hinc fit ut stipulatio domum ædificari, fossam fodi, remque tradi, & similia sint indiuidua, propterea quod est factum formatum & licet homo possit uiolenter in partes diuidi & domus dirui pro parte tamen nec forma hominis, nec forma domus diuiditur sed materia non enim in unaquaque parte materiæ est forma ipsius domus, sed forma domus tota discedit .l. Iulianus.§.si quis .ff.ad exhiben.

Forma hominis siue dom^9 diuidi nõ põt

Altera sit regula, omne quod non habet propriam formam nec a promissore danda est, nec in sola forma consistit, diuiduum est, exempli causa, materia sine forma est diuidua, in quotuis partes, materia enim est ex qua cum forma aliquid sit & subest, ut aiunt philosnphi, puta materia panis est farina, materia ex qua fit domus sunt saxa. ligna . calx, arena & huiusmodi.

Materia quid

Si quis igitur stipuletur materiam conduci, seu sibi tradi, huiusmodi materiæ stipulatio est diuidua, quippe cum nulla forma certa sit danda à promissore quamobrem mortuo promissore si unus ex hæredibus tradat materiam pro portione hæreditaria, liberatur, si alter nolit tradere is ad æstimationem tenebitur.

Nec obstat quod fiat præstatio in diuersis rebus, fit enim ex duabus obligationibus, quod fieri potest ut diximus.

Nõ quamobrem Stipulatam plius nõ agi & rẽ ratam haberi sit diuidua

Iam ex his manifestum efficitur, quamobrem stipulatio amplius non agi, & Titium habiturum ratum, diuisionem recipiunt .l.eadem.§.Cato.ff.de uer.oblig.nam amplius non agere, & rem ratam habere est quid informe, si informe ergo diuiduum, ut dictum est, & uult Bar.in .d.§. quædam .ff. ad.l. Falcidiam ubi expresse dicit, opus forme esse indiuiduum, opus uero informe esse diuiduum.

Non enim hæc stipulatio amplius non agi, habet propriam formam: nec eis à promissore danda est, est igitur similis materiæ, hanc ob causam diuidua est.

Et ne res exemplis egeat pone Lutium petijsse centum a Titio, diuque ob hoc litigatum fuisse, tandem Lutius promisit Seio, amplius non agere sub pæna dupli, mortuo Lutio, si unus ex hæredibus agat, pro portione hæreditaria consequetur debitum

puta quinquaginta, si duo essent hęredes, poterit tamen conueni ri ad pænam pro hæreditaria portione, & non insolidum, & in hoc casu nemo est qui dubitet hāc stipulationem esse diuiduam cum id cuius contemplatione est apposita sit quantitas, quæ est informis uti materia, & sic diuidua.

Sed si Lutius fuisset stipulatus iter, per fundum Titij ad fun dum suum, deinde cum iter peteretur aliquandiu litigatum es set tandem Lutius promisit Titio amplius non agere. & pæna certę pecuniæ, puta centum promissa sit si aliter factum esset, mor tuo Lutio ex duobus eius hæredibus, unus egit ad iter obtinu itq;. & quia solus aduersus promissa fecit, pro portione dum taxat sua ad pænam tenetur, ab altero autem qui non contraue nit pæna peti minime potest, pæna igitur solum ab eo qui con trafecit pro hæreditaria portione petenda est, propterea quod stipulatio amplius non agi diuisionem recipit. d. l. eadem. §. Ca to, nec ibi distinguitur diuiduum sit an indiuiduum, id quod petitur, nec nos distinguere debemus. l. de pretio. ff. de publi.

Solum itaq; est considerandum an stipulatio principaliter cō tineat quid formatum seu formandum, uel informe, si formatum seu formandum indiuidua est, ueluti insulam ædificari, fossam fo di, iter fieri, domum seu uestem tradi.

Si uero quid informe contineat, ueluti cum decem dari stipula mur, uel materiam pro domo facienda portari, & huiusmodi, hæc enim propriam non habent formam, nec promissor spopon dit propriam alicui rei dare formam, nec in sola forma con sistunt: ut iter &c. quamobrem diuisionem recipiunt. d. §. Cato & supra demonstratum est.

Stipulatio quando ē diuidua pe na peti pōt dumtaxat ab eo qui cōtrafecit pro portio ne heredis taria

Ex supradictis hæc sit summa, illud quod in se totum est for ma ueluti Angeli, iter, uia &c. uel cui danda est forma, ut do mum ædificari, uel habet formam cum materia mixtam, ut domū tradi est quid forme, & sic indiuiduum.

Illud uero quod nullum horum habet, dicitur informe, & con sequenter diuiduum ueluti stipulatio amplius non agi, & rem ratam haberi, est enim res. quæ non est tota forma, nec ei danda est, nec habet formam cum materia coniunctam, est igitur peni tus informe, & consequenter diuiduum.

Sed dubitatur quomodo ille hæres qui egit ad iter: & ob tinuit, poterit habere iter per fundum Titij. nam quando duobus debetur iter, per fundum alterius, nisi uterque de lo co itineris consentiat, seruitus non acquiritur, l. itinere. ff. de

seru.rust. præd. Si igitur ille alter hæres non agat, non potest de loco consentire, cum ei iter non competat, & sic ille qui egit, non habebit iter. d.l. itinere, frustra itaque egit.

Doctores in hoc multa dicunt. Tu dicas eum, qui egit habere iter, nam si diuisus est fundus inter eum & cohæredem, seruitus quæ ei fundo debebatur unicuique parti insolidum debetur, perinde ac si ab initio duobus fundis debita fuisset, & sibi quisque hæredum retinet seruitutem. l. nam satis. §. i. ff. quemad. ser. amit. l. uia constitui. §. quæcunque. ff. de ser. rust. præd.

Item ei qui habet seruitutem per quamlibet fundi seruientis partem ire licebit, nisi unam partem eligat. l. si cui. ff. de seru. ille igitur hęres qui egit, diuiso fundo cum cohærede, petet iter portioni suæ pro solido debitum tanquam uni fundo. d. l. nam satis, & licebit ei ire per quamlibet fundi Titij seruientis partem poterit tamen eligere unam partem ipse solus. d. l. si cui.

CXCVII. Declaratio. l. itinere. ff. de seru. rust. præd.

ET ut ad rem nostram reuertamur, supra firmatæ conclusioni non obstat tex. supra allegatus in. d. l. itinere. ff. de ser. rust. præd. quia ibi duo petebant iter in fundo seruiente, habebantque iter ibi: sed dissentiebant de loco itineris. unus enim per unam partem, alter uero per aliam constituere contendebat, propter dissensum igitur non acquiritur in effectu iter. d. l. itinere.

At in casu nostro non est dissensus, siquidem ille solus qui egit, habet iter, & is solus eligit partem per quam iturus sit: alter uero qui non egit, non habet iter, non potest igitur de loco itineris eligendo dissentire, cum ei non competat electio, eo quod ipse non egerit, & consequenter non habet iter: si non habet iter quonammodo poterit de loco itineris dissentire, cum eius sit, & nolle, cuius est uelle. reg. iur. in vi. Habebit itaque iter solus ille qui egit, & pro portione sua solum pænam soluet.

Est igitur stipulatio amplius non agi diuidua, siue id de quo agitur sit diuiduum siue indiuiduum. d. §. Cato.

Dictum est alterum hæredum, qui non egit non habere iter,

cui sententiæ obstat tex. in. l. loci corpus. §. si fundus. ff. si seruitus uendi. ubi debebatur seruitus fundo plurium, quo casu unicuiq; insolidum competit actio, & si unus agat obtineatq; eius uictoria alijs prodest, ut dicitur in tex. adeo ut etiam qui nõ egit, possit per fundum ire, sed minime hoc obest, nam ibi debebatur fundo duorum, qui non promiserunt amplius iter non petere, & ideo si unus agat & uincat, totum iter fũdo sibi cum alio communi cebetur, quamobrem ambo poterunt uti itinere, & quando ille alter uult uti, non potest repelli, eo quod nõ promisit amplius non agere, nec incidit in pœnam.

At in casu nostro fuit promissum sub pœna amplius ad iter non agi, si unus agat in pœnam pro sua portione incidit, qua soluta poterit sine controuersia itinere uti, alter uero non poterit, obstaret enim illi exceptio pacti de non agendo, sed si uellet agere & uti itinere, ipse etiam incideret in pœnam pro parte sua, qua soluta poterit & ipse etiam ire, sed quando unus agit, alter uero non, is solum qui egit tenetur ad pœnam pro parte, & poterit ire, ut dictum est. Responsio ad obiectionem

Itidem dicendum est de stipulatione rem ratam haberi, nam qui promittit rem ratam haberi, promittit quid informe, non. n. promittit se daturum alicui rei formam, utputa domum fieri fossam ue fodi, nec promisit rem propriam habentem formam, ueluti rem tradi seu restitui, nec rem quæ tota est forma, sed promittit quid informe, ergo est diuiduum ut supra diximus, est enim perinde ac si materiam promisisset. Stipul. rẽ ratam haberi continet quid informe

Quamobrem si Lutius nomine Seij promisit Sempronio iter per fundum ipsius Seij, si deinde Seius promiserit Sempronio se ratum habiturum id quod Lutius promisit, huiusmodi promissio est diuidua, propterea ꝙ promisit quid informe.

Et licet id ad quod agitur sit indiuiduum, tamen id quod primo agitur, hoc est rem ratam haberi est diuiduum, quod autem agatur ad iter, est per consequens, & spectandum est, quod per prius, non quod per consequens agitur. l. i. ff. de auctor. tuto.

Et ideo si mortuo Seio, duo supersint hæredes, quorum unus nolit habere ratum, ipse solus committet pœnam pro sua portione, si qua promissa est eamq; soluet. d. §. Cato. Alter uero quia ratum habuit, nullam patietur pœnam, cum promissio fuerit diuidua. d. §. Cato.

Sed aliquantulum dubitationis hæc res habet, uidelicet an al-

tero hærede ratum habente, Sempronius possit habere iter per d fundum, uidetur dicendum nequaquam posse, quippe cum fundus sit duorum hæredum non potest in eo seruitus constitui, nisi uterque consentiat. l. per fundum. ff. de seruit. rust. præd. Tamen dicendum est Sempronium habiturum iter per partem fundi, quę uenit hæredi, qui ratum habuit, tunc cum fundus inter hæredes diuisus erit, & perinde erit, ac si ab initio constituendæ seruitutis duo fundi fuissent. l. nam satis. ff. quemad. ser. amit. Interim is qui ratum habuit uetare Sempronium uti itinere non poterit. d. l. per fundum in fi. poterit tamen is, qui ratum non habuit partemque pænæ soluit prohibere, donec fundus diuidatur

Obiectio d. l. per l fundum

Responsio

Quod autem alter potuerit habere ratum fundo nondum diuiso, ex eo patet, quod & seruitutem promittere is potest, qui fundum non habet. l. hæredes. §. quod pro emptore uer. contra. ff. fam. herciscun. & l. si seruitus. §. fi. ff de ser. rust. præd. non ut re ipsa in præsenti sit seruitus, sed ut debitor sit per stipulationem, ut dicit glos. in. l. i. in uer. non possunt. ff. commu. præd. multo igitur fortius potest id facere, qui fundum pro indiuiduo habet, ut in casu de quo agitur, & ideo licet interim Sempronius non possit altero prohibente uti itinere, tamen facta diuisione habebit solidum iter per partem eius, qui ratum habuit, ut dictum est, hæc enim seruitus est tota in toto & tota in qualibet parte. d. l. uia constitui. §. fi. ff. de ser. rust. pręd.

CXCVIII. Declaratio, quare stipulatio per te non fieri quominus &c. dicatur indiuidua.

NON parum habet dubitationis, quo nam modo hæc stipulatio per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, dicatur indiuidua, cum sit negatiua. Ioan. de Imo. ut refert Ias. in. d. l. stipulationes non diuiduntur in xvij. col. dicebat regulam illam qua dicitur stipulationem factorum esse indiuiduam, fallere in stipulatione negatiua, quæ omnino est diuidua, ut ipse ait, illud enim quod negatur non est. ut dicit glos. in. l. actor. C. de probat. si non est non habet formam, ergo non est indiuidua, ut diximus. & tamen in. d. §. Cato. Iurecō. ait esse omnino indiuiduam.

Tu uero ut obiectioni occurras, dicito, præpositionum aliam esse affirmatiuam, aliam negatiuam, ueluti omnis homo currit, nullus homo currit, & si alterutri eorum negatio postponatur, æquipollet suæ contrariæ, ueluti omnis homo non currit, æquipollet huic nullus homo currit, & nullus homo non currit, est par huic suæ contrarię, omnis homo currit. si dubitas Dialecticos consule.

Ita in casu nostro duæ possunt formari stipulationes, una affirmatiua, altera negatiua, affirmatiua huiusmodi est, promittis per te fieri, ut mihi ire agere liceat. negatiua hæc, promittis per te non fieri, ut mihi ire agere liceat: scias etiam hanc dictionem quominus interpretari à grammaticis, ut non. si igitur illi stipulationi negatiuę postponatur hæc dictio quo minus, & dicatur promittis per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, est perinde ac si diceretur per te non fieri, ut non mihi ire agere liceat, & sic negatio est postposita orationi negatiuæ, & ita æquipollet suæ contrariæ, quæ est affirmatiua, & erit perinde ac si dixisset, promittis facere, ut mihi ire agere liceat, quod est æquè ac si promisisset iter & actum, & amplius non esse impedimento quin itinere actuq; utatur: id quod sine dubio est indiuiduum ut sæpius diximus. Dictio quominus significat ut nō

Quod autem ista stipulatio per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, æquipolleat affirmatiuæ, hoc est huic ut mihi ire agere liceat colligi potest, si attentè consideres ex .l. ij. §. si in facto. ff. de uerb. oblig. Est igitur stipulatio ista per te non fieri quominus mihi ire agere liceat, sine dubio affirmatiua, & consequenter indiuidua. utd. §. Cato. Stipul. per te nō fieri quomin' liceat mihi ire agere equipollet sue affirmatiue

CXCIX. Declaratio stipulationis iter fieri, & quid contineat.

QVAERVNT præterea scribentes, an hęc stipulatio iter fieri contineat seruitutem, & sic ius, an simplex factum.

Nonnulli ex scribentibus dicunt ea stipulatione duo contineri, sicut ibi sunt duo uerba, hoc est seruitutem, quod ostendit illud uerbum iter, & simplex factum quod aiunt demonstrari per illud uerbum, fieri. dicunt igitur tex. loqui de seruitute itineris, & sic de iure, & loco aptando, quia nisi locus aptetur, non potuisset quis habere seruitutem itineris: uerbum igitur iter, si-

gnificat seruitutem, uerbum autem fieri, significat loci aptatio nem, & sic aiunt promissorem ad duo teneri scilicet, ut fiat, & præstetur, hoc est tenetur facere iter, & illud præstare, intellige iter facere, hoc est iter sternere, ita glos. Paul. Alexan. & quidam alij quos re ert Ias. in.d.§.Cato.

Alij dicunt quando stipulatio est concepta per uerba sonantia factum. puta per infinitum, ueluti ut liceat ire agere: tunc continet simplex factum personale, & non transit ad hæredes sed quando concipitur per uerba sonantia ius. puta promittis mihi ius eundi uel ius itineris, tunc continet seruitutem & transit ad hæredes. hæc scrbentes in. l. ij.§. si in facto. & refert Ias. ibidem alleg. tex. in.§. sed cum factum. Inst. de stipul. seru.

Stipulatio iter fieri solum factum continet sec. Ias

Ias. uero existimat tex. nullo modo loqui de seruitute, sed de mero facto hoc est de loco sternendo aptandoque ut itinerari possit, ut ipse ait, alleg. tex. in. l. si iter. ff. de seru. uult igitur Ias. iter fieri significare. ubi non erat uia, ibi transitum & uiam fodiendo, substernendo aptandóque aperire. & sic merum factum.

Neutra expositio mihi placet, hæc enim uerba iter fieri per se sine uerbo promitto, & sine stipulatione, si in actiuam significationem resoluantur, hoc est iter facere nil aliud significant quam iter ingredi, hoc est commeare, ambulare, & ita exponit Valla v. lib. cap. cclxix. & si ita accipiantur procul dubio nullum ius sed merum continent factum, illud enim ire illudque agere sine controuersia est quid facti.

Promittens quis iter per fundum promittit seruitutem

At si Lutius á Seio ita stipuletur, promittis pati me facere iter per fundum tuum in fundum meum, Seius mox promittit, quo casu fundus Seij proculdubio seruiet fundo Lutij si seruiet ergo est seruitus, ualet enim argumentum à coniugatis, si seruitus ergo ius. Inst. de seru. rust. præd. Quod autem ista uerba ire agere concessa pactionibus, stipulationibus testamentoque contineant seruitutem, probat.§. fi. Inst. de serui. rust. præd. ubi Imperator ait, si quis uelit uicino aliquod ius constituere, pactionibus, stipulationibus ac testamento id efficere debet, deinde ponit exempla, ueluti si quis hæredem suum damnauerit, ut patiatur Titium per fundum suum ire, agere. Vides igitur uerba ire agere: apposita, siue in stipulationibus, siue in testamento inducere ius, & consequenter seruitutem non autem merum factum.

Ille ergo cui uel ex pactione, uel ex testamento licet ire agere per

per fundum uicini in fundum suum , habet profecto seruitutem itineris, & actus, ut. d. si. iuncto cum principio. In principio .n. dicitur, si quis uelit uicino aliquod ius, id est aliquam seruitutem testamento constituere potest, &c. In fine ponitur exemplum, ut scilicet damnet hæredem suum ut patiatur Titium per fundum suum ire & agere.

Vides igitur uerba infinitiui modi, ire & agere, pactione seu testamento prolata inducere seruitutem. Quemadmodum igitur licere altius tollere est seruitus, l. ij. ff. de ser rust. præd. ita licere ire agere est seruitus. d. §. si. sed quando is cui licet ire & agere, it agitq; & sic utitur seruitute, tunc illud ire & agere est merum factum, & est effectus itineris, qui est ius. Insti. de ser. rust. præ. in princ. & l. inter actum & iter. ff. eod. Iter enim est quo quis pedes uel eques commeare potest, ire igitur & commeare est effectus itineris, & est quid facti.

Verba infinita ire & agere importan: seruitutem in promissione

Concludo igitur huiusmodi uerba, iter fieri. uel actiue, iter facere per se sumpta solum factum continere, exempli causa. si dicam uolo hodie facere iter pedes, tunc nullum significatur ius, sed perinde est ac si dicerem uolo hodie ire pedes.

Iter facere sine promissione est quid facti.

At si dicam promitto tibi, ut possis facere iter per fundum meum in fundum tuum, tunc illa uerba facere iter adiuncta uerbo promitto, inducunt ius, hoc est seruitutem itineris, & est æque ac si dicerem promitto tibi, ut possis ire per fundum meum, quo casu sine dubio seruitus promissa censetur. d. §. si.

Non obstat. d. §. sed cum factum. Inst. de stipul. seru. nam in huiusmodi stipulatione, duo, ut dixi, sunt consideranda unum quod est ipsum ius, ex illis uerbis inductum & illud domino acquiritur, aliud qui est effectus ipsius iuris, quod est ipsum ire, ipsumq; agere, & hoc est simplex factum, & quia est ab ipso seruo faciendum, cum ipsi solum sit concessum ire, hanc ob causam non acquiritur domino:

Iter facere in promissione significat seruitutem

Aut igitur seruus ita stipulatur. promittis ut mihi ire agere liceat, & tunc ipsum ire, non acquiritur domino, & ideo non poterit dominus ire.

Aut dicit, promittis mihi, ut liceat ire, & agere per fundum tuum ad fundum domini mei, & tunc acquiritur domino, non solum ius, sed & ipsum ire, & ideo dominus ire poterit, & sic ille. §. ita intellectus non obstat.

Ex his patet in. d. §. Cato, illa uerba iter fieri non significare aptationem loci seu locum sternere, ut dicit Iason nec

partim ius partimq́ factum, ut alij dicunt, sed ius & seruitutem cum sint in stipulatione posita.

CC. Declaratio .l. si iter. ff. de serui.

Declaratio .l. si iter

VLTERIVS materiam continuando, dicito etiam non obstare tex. in .l. si iter. ff. de serui. per Ias. alleg. non enim ille tex. dicit iter facere significare fodere & substernere locum, ut putat Ias. sed dicit, si est legatum iter per eum locum, quo nisi opere facto iri non possit, licere legatario fodiendo & substernendo facere iter, hoc est ire, ibi enim illa uerba facere iter non significant substernere, seu aditum aperire, sed significant dumtaxat ire, id quod Celsus ibi ostendit, quæsierat enim ab eo is, cui legata erat seruitus, inquiens. si iter mihi legatum sit, quo iri non possit, nisi opere facto, quid mihi agendum est. respondet Celsus, licet tibi iter facere, hoc est ire fodiendo & substernendo, illa enim uerba iter facere est glos. illius infiniti iri supra posili. Accipe exemplum, si quispiam dixerit. Hannibal non poterat exercitum ducere in Italiam propter niues, sed remouendo niues duxit exercitum, ita hic fodiendo scilicet locum, licet facere iter, hoc est ire.

Potest itaq́ legatarius substernere fodereue locum, qua iter est facturus, hoc est qua iturus est, si aliter ire non potest, facere enim iter nil aliud est, ut Laur. Vall. ait, q̃ ire, seu ut imperiti aiunt itinerare, & hoc ipsum dicit illa lex si iter.

Summa supradictorum

Summa hęc sit, si pactionibus, seu testamento ita dixeris, concedo tibi iter per fundum meum in fundum tuum, sine controuersia seruitus constituta est .l. inter actum .l. itinere & per tot. tit. ff. de ser. rust. præd. Idem si dixeris, concedo á te iter fieri, siue actiue te iter facere, uel ut iter facias, quod idem sonat, per fundum m um in fundum tuum, itidem seruitus constituta intelligitur. d. § efi. Inst. de ser. rust. præd. fundus enim tuus seruit meo, sequitur . ecessario ut seruitus, ut supradictum est.

At si constituta iam seruitute dixeris, hoc mane eques per fundum tuum uolo iter facere, tunc huiusmodi uerba facere iter, nil aliud significant quam ire seu commeare, non autem ius, sed merum designant factum.

CCI. Declaratio stipulationis iter non fieri.

RVRSVS dubitatur, an hac stipulatione iter non fieri contineatur ius uel factum, in tex.meo.d.§. Cato non sunt illa uerba, uel non fieri, sed solum iter fieri, glos. in uer.fieri addit uel non fieri. Scribentes intelligunt illa uerba, hoc modo non fieri, hoc est per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat per fundum tuum in fundum meum, Bone Deus tot uerba prætermissa putant à Iureconsult. Præterea ea stipulatio per te non fieri quominus &c. est posita inferius, & sic bis idem poneretur.

Quare intelligas tu non fieri scilicet iter, quod est repetendũ ab ista oratione, iter fieri, arg. eorum quæ Bar. ait, in .l.iiij.§. eritq; differentia.ff.de ui bon. rapt. Si quæratur quid significent hęc uerba iter non fieri, dicas huiusmodi stipulationem adimere itineris seruitutem. Exempli causa, finge Titium habere iter per fundum Lutij in fundum suum, deinde Lutius á Titio ita stipuletᷣ, promittis à te iter non fieri, uel actiue te iter non facere, per fundum meum in fundum tuum spopondit Titius. & si aduersus id factum erit, pœna certę pecuniæ promissa sit, nonne per hanc stipulationem adempta est seruitus à fundo Lucij, adempta est profecto, cum non liceat amplius Titio ire per fundum Lutij, & si iuerit committetur pœna, & mortuo Titio, si unus ex eius hæredibus faceret iter, hoc est iret per dictum fundum, alter uero non, ab utroque committetur pœna pro parte hæreditaria. d.§.Cato. est enim huiusmodi stipulatio indiuidua.&c.

Iter nõ fieri quid significent

Et ita intelligenda est huiusmodi stipulatio, non autem ut intelligunt scribentes, non fieri scilicet per te quominus mihi ire agere liceat per fundum tuum in meum. hæc enim stipulatio, ut dictum est, ponitur inferius, & maximopere ab illa differt, per hanc enim adimitur seruitus, ut dictum est. per alteram, hoc est per te non fieri, quominus mihi ire &c. constituitur seruitus, ut statim subijcietur.

Stipulatio iter non fieri differt ab ea per te non fieri quominus &c.

CCII. Declaratio quid inducat ſtipulatio per te non fieri quominus, &c.

QVAERO igitur quid inducat hæc ſtipulatio promittis, per te non fieri, quominus mihi ire & agere liceat. Dicas per eam interdum duo ſimul, interdum unum dumtaxat induci, & ut intelligas, exemplis id agatur, Lutius habebat fundum uicinum fundo Sempronij, & non habebat iter per fundū Sempronij, ſæpius tamen per illum amice iuerat, tandem prohibitus a Sempronio fuit ne amplius iret, quo facto Lutius conuenit cum Sempronio, & ab eo ita ſtipulatus eſt, Semproni promittis per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat per fundum tuum in fundum meum, promiſit Sempronius, deinde ſi aliter factum eſſet, pœna certæ pecuniæ promiſſa fuit.

Exēplum

Duo huiuſmodi ſtipulatione continentur, unum quo cautum eſt, ne Sempronius amplius ſit ipſi Lutio impedimento, quominus ire poſſit per fundum illum, & ſi impediret pœna committeretur, alterum quo Lutio per Sempronij fundum ſeruitus conſtituta eſt, fruſtra enim promiſiſſet non impedire, niſi & iter conceſſum uideretur: quemadmodum ſi concedo tibi iter ad fontem meum, ineſt & hauſtus, alioquin fruſtra fuiſſet iter conceſſum. l. iij. §. fin. ff. de ſeru. ruſt. præd.

Stipul per te non fieri, duo continet

Item ſi unus ex hæredibus Sempronij prohibeat, alij cohæredes, & ſi non prohibuerint, tenentur ad pœnam pro portione tamen hæreditaria, licet enim ab uno prohibeatur, non in partem ſed in totum prohibetur, uno enim prohibente, ire nequaquam poteſt. At hi qui non prohibuerunt famil. hercis. iudicio ab eo qui prohibuit ſibi damnum reſarciri petent. l. in executione in fin. princ. ff. de uerbor. obliga. ſicut in alijs indiuiduis receptum eſt.

Vnum autem produceretur, quando Lutius habebat iter per dictum fundum conſtitutum fortaſſe a patre Sempronij, uel ab alio, qui poſtea Sempronio fundum uendidit: ipſe uero Sempronius impediebat Lutium: uel facto uel lite Lutius ut talem moleſtiam reijceret, conuenit cum Sempronio ab eoque ita ſtipulatus eſt, Semproni promittis per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat per illum fundum hac ſtipulatione non conſtituitur ſeruitus, quia iam conſtituta erat, per patrem

Stipul. per te non fieri, interdum unum tantum continet:

forsan Sempronij, uel per alium sed factum dumtaxat continetur, hoc est ne Sempronius amplius sit impedimento, quominus Lutio ire agere liceat & si impediat, pœnam committat, & hoc casu loquitur tex. l. ij. §. item si in facto. ff. de uerb. obl.

Sed dicet quispiam quando quis simpliciter promittit iter, nonne seruitutum natura est ut promissor patiatur, & non faciat aliquid, quo quis impediatur uti seruitute. l. quotiens la. i. §. fin. ff. de serui. est profecto, quid igitur operatur hæc stipulatio per te non fieri.

Dicas, quando quis simpliciter promittit seruitutem, tenetur sane præstare patientiam, nihilque facere, quod seruituti sit impedimento, hoc est non fodere, non iter destruere. sed si aduersus id faciat, in id solum agi potest, quod interest, & interdum potest parum interesse. Sed quando quis stipulatur per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, & adiecta est pœna, prout in. §. Cato, tunc is qui promisit, non solum tenetur præstare patientiam, sed tenetur non impedire, nec uerbo nec facto, nec mouere in iudicio controuersiam, & si aliter factum erit, pœnam præstabit.

Ex supradictis colligi possunt hæ conclusiones.

Stipulatio iter fieri, siue actiue iter facere continet seruitutem, & consequenter ius, & nihil facti habet.

Stipulatio iter non fieri, adimit seruitutem & non inducit. Conclusiones ex supradictis

Stipulatio per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, prohibet impedimentum fieri, & inducit seruitutem, ubi non erat.

CCIII. Declaratio. quare in §. Cato, qui non peccauit tenetur ad pœnam.

NON est omittendum in. §. Cato, sancitum esse, si unus ex hæredibus, contra id quod cautum est fecerit, ab omnibus hæredibus pœnam committi, pro portione tamen hæreditaria, quia quod in partes diuidi nõ potest, ab õnibus factum uidetur, hoc maximopere iniquum esse uidetur, ut hi qui non peccauerint puniantur, nõ enim pœna debet esse, ubi nõ est peccatum. l. sancimus. C. de pœnis Et si diceres si non peccauerunt peccasse tamen finguntur, hoc minime faciendum est, quia ubi non est æquitas, ibi fictio minime esse debet. l. deniq; Pœna nõ debet eẽ ubi non est peccatum

.ff.ex quib.cau.maio.cum l.ſequen.& ibi Bar. not.

Hæres unusquisque totâ defuncti personam repræsentat

Dicas hoc ideo fieri, quod hæres & defunctus cenſetur una & eadem perſona. Aut. de iure iuran. à morie. præſti. & unuſquisque hæres repræſentat, ſeu refert perſonam defuncti, non pro hæreditaria portione, ut multi dicunt, hoc enim eſſet contra naturam, ut unus hæres dimidiam defuncti partem, alter alteram referret, dimidia enim pars hominis non eſt homo, nam forma hominis, quæ eſt anima rationalis eſt indiuidua. quare non integer defunctus, ſed dimidiatus repræſentaretur.

Cōparatio

Quamobrem quemadmodum ſi Titius acciperet duo ſpecula, in eaque aſpiceret, in utroque tota & ſolida ſua imago repræſentaretur.

Ita relictis duobus hæredibus, in uno quoque tota pro ſolido defuncti perſona refertur, iccirco cuiusque hæredis perſona, integri defuncti perſona cenſetur, ſi igitur unus hæres fecerit, contra id quod defunctus promiſit, eſt perinde ac ſi ipſe defunctus feciſſet, factum enim hæredis reputatur factum defuncti, ut ait Decius in reg. hæredem, ff. de reg. iur. in uer. & factum nu. iiij. Sed ſi ipſe defunctus, promiſiſſet quid indiuiduum, adiecta pœna, & contrafeciſſet, quia non poterat pro parte peccare ſine dubio in

Factum ab hærede intelligitur factum a defuncto

ſolidum teneretur, eodem modo, ſi unus hæres contrafecerit, quia pro parte peccare non poteſt, quum eſſet res indiuidua, & factū ab hærede, intelligitur factum a defuncto, cum una eademque perſona cenſeatur, ſi a defuncto factum intelligitur, merito unusquiſque hæres ad pœnam tenetur, cnm unuſquiſque ſolidam defuncti perſonam repræſentet. ſed quia hæres idem eſt quod dominus. §. item extraneus. Inſt. de hæred. qual. & diff. ſi dominus ergo alicuius rei dominus, defuncti dominus eſſe non poteſt, erit igitur dominus patrimonij ipſius, idcirco pro ea parte tenetur, pro qua eſt hæres. d. §. Cato. hac igitur ſubtili ratione, unnſquiſque hæres ad pœnam tenetur, ſed ei qui non peccauit, famil. herciſcun. iudi. damnum reſarcitnr. d. l. in executione in ff. princip.

CCIIII. Declaratio.§.Cato.l.iiii.ff.de uerbo.oblig. per dialogum.

OMnibus legibus, seu ut melius loquar prudentum respon sis.§.Cato habetur & est difficilior, quãobrem nouo quo dam modo particulatim explanabitur, tres enim erunt qui inuicem loquentur. Iulius. Fabius. & Paulus. Iulius. itaque petijt á Paulo Iureconsulto, inquiens, Prudentissime Paule, quid in hoc casu iuris esse censes, Paulus quis nam casus, Iul. Quidam promisit, se aliquid facturum, & si aduersus id factum esset, certam pecuniam dare promisit, mortuo promissore, unus ex eius hæredibus contrafecit, dubitatur, an pœna commissa sit, &, quomodo, Paul. Iuli optime, ut tibi satisfaciam, referam, id, quod, apud Catonem lib. x. memini me legere, ibi enim Cato, in hæc uerba ait, pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si unus ex pluribus hæredibus, contra, quam cautum sit, fererit, aut ab omnibus hæredibus pœnam committi pro portionem hæreditaria, aut ab uno pro portione sua.

Iul. quid sibi uolunt ea uerba, pro portione hæreditaria Fab. hoc inquam, quod si unus contrafecerit, omnes ad pœnam tenentur, tamen agendum est contra quemlibet pro portione hæreditaria, ueluti, si sunt duo hæredes, pœna autem sit centum, & unus contra fecerit, pœna insolidum committitur, & tenetur etiã is, qui non contra fæcit, sed portione sua duntaxat, conueniendus est repetet tamen á cohærede famil. hæreis. iudicio, damnũ sibi resarciri. Iul. sed quo nam pacto cognoscam, quando ab omnibus, & quando ab uno pœna committitur. Paul. idem Cato eodem libro declarat, inquiens, ab omnibus, supple tu, pœna committitur, si id factum, de quo cautum est, indiuiduum sit, Iul. obscurum est hoc, Paul. ipsemet Cato, ut res clarior fiat, subdit exemplum, ueluti. iter fieri, Iul. obscurius profecto exemplum, uelim scire, quid significent uerba illa, iter fieri Fab. mitto te ad Lauren. Vall. lib. v. Cap. ccclxviij. & ad ea quæ sũt supradicta. Iul. leua me, obsecro mi Fabi hoc labore

Penã committi pro portione hæreditari a quomodo intelligatur

Fab. iter fieri, ut ille ait, non est sternere, seu locum fodere, qua, eundum est, sed est ingredi iter, Seu ire, uel cõmeare, ut supra dictum est. Iul. quamobrem hoc indiuiduum dicitur,

Fab. Hæc enim stipulatio iter fieri cõtinet seruitutem, ut supra declaratũ est in decla.cxcix Seruitus autem est res incorporea,& consequenter indiuidua, quod enim incorporeum est, nullas habet partes, iccirco diuisionem non recipit. Iul. Potest ne reddi ratio, quamobrem uno ex hæredibus cõtrafaciente, ab omnibus pœna committatur, Paul. Potest profectò. Iul, quæ nam est. Paul. idem Cato eodem libro ita ait. quia quod in partes diuidi non potest, ab omnibus quodammodo factum uidetur.

Iul. Non ab re .d .§. habetur difficilis, ille enim Cato ut in moribus, & in uerbis fuit seuerus, quo enim modo dici potest, uideri cum fecisse qui non fecit. Fab. iam superius ostensum est, non posse partem itineris negari, quin totum & pro solido negetur, cum iter sit res incorporea, & consequenter indiuidua, quemadmodum non potest pars puncti tangi. quin totum tangatur, cum sit indiuiduum, dictum est etiam in decl. cciij. in unoquoque hærede, totam pro solido defuncti personam referri seu repræsentari, quemadmodum tota integraque aspicientis imago, in pluribus refertur speculis, & si unus hæres contrafecerit, intelligitur defunctus contrafecisse, cum una eademque persona censeatur, Aut. de iur. iuran. à morie. præst. & not. Bar. in. l. si seruus. ff. de côdic. fur. factum enim hæredis factum defuncti reputatur. ita Decius in reg. hæredem de reg. iur. col. ij. nu. 4. uers. & cum factum. At si defunctus aduersus id quod promisit fecisset, non potuisset pro parte contrafacere, cum res sit indiuidua, & quod indiuiduũ est, partes non habet, quantulumcunque igitur defunctus contrafecisset, pro solido fecisse dicetur, merito igitur omnes hæredes id fecisse uidentur, cum in singulis, tota ipsius persona repræsentetur, non ab re igitur ab omnibus pœna committitur.

Persona defuncti in unoquoque heres de representatur tota integraque

Sed quando res promissa est diuidua, licet defuncti persona tota integraque in singulis hæredibus repræsentetur, & quilibet hæres una & eadem persona cum defuncto, ut dictum est censeatur, & licet uno pro parte contrafaciente, censeatur defunctus cõtrafecisse, tamen non tenetur nisi ille hæres qui contra uenit, nam defunctus cum censeatur una & eadem persona cum contrauenіente, censetur pro illa tantum parte contrauenisse, pro qua contrauenit ille, qui eum repræsentat. cum non pro solido, sed pro parte sit contrauentum, solus igitur hæres qui contrauenit, pro ea parte tenetur, alij uero hæredes non tenentur, cum in alijs partibus non sit contra factum, nec potest fingi contrafecisse, cum re uera non sit contrafactum.

At

At quando res est indiuidua, pro solido est contrafactum, cum non potuisset, nisi pro solido præstari, merito omnes hæredes tenentur. Nec arbitreris mi Iuli, si defunctus reliquerit duos hæredes, repræsentari in illis duas defuncti personas, est enim una eademque in ambobus, quemadmodum est una & eadem imago in pluribus speculis, & una & eadem uox Petri, tota integraque a plurium auribus percipitur, merito igitur uno hærede peccante, omnes peccasse uidentur.

In quolibet herede representatur tota defuncti persona

Iul. satis mihi fecisti. Velim rursus intelligere, quid sibi uoluerit Cato in illis uerbis, aut ab uno pro portione sua. Fab. supplendum est pœnam committi. Iul. quando igitur pœna ab uno cōmittitur pro portione sua. Paul. Cato eodem libro ait. At si de eo cautum sit, quod diuisionem recipiat, tunc eum hæredem, qui aduersus ea fecerit pro portione, solum pœnam committet. Iul. ergo solus qui aduersus fecit soluet pœnam. Fab. ita est. Iul. quid est illud quod diuisionem recipit, potest ne exemplo demonstrari. Paul. potest utique. Cato eodem libro ponit exemplum inquiens ueluti amplius non agi. Iul. perterret me iste Cato, sicca sunt enim & obscura spinosaque eius uerba, ego quidem non intelligo quid sibi uelint. Fab. ego mi Iuli arbitror à Catone huiusmodi stipulationem, promittis a te amplius non agi, uel actiue te amplius non agere, appellari diuiduam, propterea quod censetur promissum quoddam informe factum, qui enim promittit amplius non agere, non promittit aliquid, quod est totum forma uti est res incorporalis, nec alicui rei dare formam, nec spondet quidpiam habens formam, promittit igitur aliquid informe, quemadmodum enim is qui promittit dare alicui rei formam, dicitur indiuiduum promittere. d. l. si is qui. §. quædam. ff. ad. l fal. sæpius alleg. ita qui promittit quid informe, dicitur promittere quid diuiduum: contrariorum enim contrarius est effectus, & supra satis declaratum est in decl. cxcvi.

Promittēs amplius nō agere promittit quid informe

Iul. Satis placet, sed quænam ratio differentiæ reddi potest, quod in re indiuidua, uno peccante, ab omnibus pœna committitur pro portione tamen hæreditaria, In re uero diuidua a peccante duntaxat pro portione sua committitur pœna. Paul: apud Catonē legi differentiæ hanc esse rationem, quod in priori casu, hoc est in illa stipulatione iter fieri, quæ est omnino indiuidua, omnes commisisse uidentur.

Iul. potest ne reddi ratio, quamobrem omnes uideantur peccasse. Paul. Cato ibidem, eam reddit, dum ait, quod nisi insolidū

peccari non poterat. Iul. qua re non poterat pro parte peccari. Fab. hui tam cito tibi excidit ratio, paulo ante tibi reddita. Iul. quęnam. Fab. nonne tibi dixeram, id quod est indiuiduum, non posse pro parte tangi, ueluti punctum ita & iter, non potest pro parte concedi, & pro parte negari, sed uel insolidum negatur uel insolidum conceditur, hanc ob causam si unus hæres, eius qui stipulatus est, uti itinere prohibuerit, non in parte, sed in toto intelligitur prohibuisse. hoc igitur uoluit Cato dum dixit, quod nisi insolidum peccari non poterat. Iul. dixisti in priori casu hoc est in. d. stipulatione, iter fieri, non posse nisi insolidum peccari, & ideo uno peccante, ab omnibus pæna committitur, ut supra abunde dictum est.

Velim tamen audire huic aliud simile. Paul. Cato tibi satisfaciet, ait enim ibidem, ut in illa stipulatione per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, & sic ipsemet simile demonstrauit. Iul. est ne hæc stipulatio per te non fieri quominus &c. similis illi, iter fieri? Paul. est profecto ex Catonis sententia. Iul. & in quo similitudo uersatur. Paul. in hoc, quod illa stipulatio iter fieri, continet seruitutem, & sic ius, ergo inuiuidua, non potest igitur in ea, nisi insolidum peccari. ita & hæc per te non fieri quominus. &c. continet etiam seruitutem ut supra est declaratum in declaratione ccii. eodem modo est diuidua, non potest igitur nisi insolidum peccari.

Stipul. iter fieri & per se nō fieri quominus &c. duæ sunt stipulationes similes

Iul. si ita esset, non similis sed eadem esset. Fab. aliquantulum hæc per te non fieri. &c. ab illa differt, hæc enim licet contineat seruitutem, ut illa continet tamen hoc amplius, ne scilicet promissor sit impedimento, quominus liceat uti seruitute, quod si impediret pęna committeretur. In illa uero iter fieri, non est expresse cautum ne promissor sit impedimento, satis est enim ut patiatur stipulatorem ire agere, & si forte erit impedimento, non ad pœnam, cum nulla sit promissa. sed in id quod interest, tenebitur. Iul. iam plane intelligo.

Fab. aduerte mi Iuli, in multis codicibus legitur illam stipulationem, sed non existimo Catonem ita scripsisse, si enim ita legeretur, eiusmodi uerba, hoc est illam stipulationem, non haberent, unde regi possent, nec sensus nec constructio accommodari posset, legendum est igitur, ut in illa stipulatione, & ita memini legere in quodam antiquissimo codice in pergamena manu scripto.

Iul. prudentissime Paule dixisti, illud quod est in stipulatio-

ne iter fieri, uersari in stipulatione per te nō fieri quominus &c. & ideo hanc hoc est stipulationem per te non fieri, esse similem illi, & quia nullum simile est idem. l. quod Nerua. ff. depos. uelim scire & in quo sunt similes, & in quo differunt. Paul. satis à Fabio nostro, supra declaratum est ibi uideto.

Declaratio uersiculi sed uideamus.

Iul. bene est, sed cupio audire, quid uelint illa uerba, sed uideamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione Titium, eiusque hæredem ratum habiturum. Fab. acutissime Iuli, dicebas paulo ante, Catonem obscuré locutum, tu uero obscurior sicciorque uideris, dixisti enim uideamus ne non idem hic sit. Iul. iocosè à te arbitror hæc dici. Fab immo serio, nosti enim aliud esse cura ne Titius legat, aliud cura, ne non Titius legat, nā si uelim à Titio non legi, dicam cura ne Titius legat, si autem uelim Titium legere, sed dubito ut non legat, dicam cura, ne non Titius legat. hoc est da operam, ut legat, sed huiusmodi uerba hic non ita intelligenda sunt, sed illa dictio, ne, ponitur hic dubitatiue, ut apud Virgilium.

Iustitiæ ne prius miter belline laborem.

Si igitur illam dictionem ne dubitatiue accipis, recte id facis. Iul. Ita equidem accipio. Fab. ergo post dictionem ne, facias subdistinctionem, mox sequitur, non idem hic sit, dic ergo uideamus, an non idem hic sit. Iul. sat bene, & ita intelligi oportet, sed illud aduerbium hic quid demonstrat. Fab. Hic id est in ista stipulatione, per te non fieri quominus & c. uis ut apertius loquar. Iul. obsecro. Fab. animum huc aduertito, integer sensus hic est.

Hoc pronomē hic ostendit stipulatiōne per te nō fieri

Videamus an non idem sit, in hac stipulatione per te non fieri. &c. quod est in illa, iter fieri, sed magis puto esse idem quod est in illa stipulatione, Titium ratum habiturum, hoc est potius dicendum uidetur, hanc stipulationem Titium ratum habiturū esse magis similem illi stipulationi, iter fieri, quam illam per te non fieri, quominus & c. illa enim iter fieri, est affirmatiua, itidē hæc, scilicet stipulatio, Titium ratum habiturum, est affirmatiua ergo similis: at stipulatio per te non fieri, quominus & c. est negatiua, ergo dissimilis ab illa, scilicet iter fieri, quid igitur dicendum.

Paul. Huiusmodi dubitationis, Cato in eo libro mentionem mini me fecit, ego autem respondeo, non idem esse. Iul. plusculum dubitationis ex uerbis tuis oritur: dicis non idem esse, nec aperis, ubi. Fab. satis aperuit noster Paulus, supra enim dictum

est, ex uerbis Catonis, illam stipulationem iter fieri similem esse, huic per te non fieri quominus &c. & in utraque esse eidem, tu uero putabas non esse idem, hic, id est in hac stipulatione per te non fieri &c. quod est in illa iter fieri, sed putabas magis idem esse, id quod est, in illa stipulatione, Titium ratum habiturum, hoc est existimabas, hanc stipulationem Titiũ ratũ habiturũ, esse magis similem, illi iter fieri, quam hanc, per te non fieri quominus &c. cum utraque sit affirmatiua, Paulus uero ad tuam hanc sententiam respondens ait, non esse idem, hoc est illam stipulationem iter fieri, non esse similem, ut tu existimabas, huic, Titium ratum habiturum, sed illi, per te non fieri quominus & c. ut Cato scripsit, qui plusquam manifeste comparauit illam stipulationem iter fieri, quæ erat in priori casu, huic per te non fieri, ut patet ibi, ut in illa stipulatione & c. assentire obsecro Catonis sententiæ, & animaduerte tex. esse mendosum, legendum est enim Paulus respõdi, & ne Paulus respondit, ut in. l. tutor. §. Lutius. ff. de usu. ubi dicitur Modestinus respondi & ita idem Paulus in. l. ult. & penultim. ff. quæ senten. sine appell. ubi legitur Paulus respondi.

Iul. Declarasti Fabi mi uerba Pauli aliquantulum obscura, sed uelim mihi reddi rationem, quamobrem hæc stipulatio, Titium ratum habiturum, non sit similis, illi iter fieri. Paul. hoc meum est. Iul. A te mi Paule libentissime audire cupio. Paul. audi igitur hoc ideo fit, quod hac stipulatione, & solus tenebit, qui ratum non habuerit, & solus aget a quo fuerit petitum, idque & Marcello uidetur. Iul. est igitur diuidua. Fab. est profecto, & ideo non est similis illi iter fieri, quæ est indiuidua, in qua uno peccante, omnes pro portione hæreditaria tenentur, ut dictum est. Iul. mihi autem minime persuadere minime possum, quamobrem hæc stipulatio, Titium ratum habiturum sit diuidua.

Rõ quãob rem stipul ratum haberi sit diuidua Indiuidua que

Fab. satis claré dictum est supra. Iul. non teneo memoria. Fab. repetam, dictum est in declaratione cxcvi. illud esse indiuiduum, uel quod est incorporale, & ideo est in mera forma, ueluti uia, iter, actus, anima, & huiusmodi, uel cui aliqua forma a promissore danda est, utputa insulam ædificari, fossam fodi: item quando res habens formam tradenda seu danda est, utputa, domum tradi, fundumue finibus suis præscriptum dari & huiusmodi. d. l. stipulationes non diuiduntur.

Dictum est etiam illud esse diuiduum quod non est per se

mera forma, nec a promissore ei danda est, nec habet in formam, & ideo est omnino informe, ueluti decem dari, materiam conduci ad rem aliquam faciendam, de quo supra ratio reddita est, & hoc sentit Bartol. in. d. l. si is qui .§. quædam.ff.ad.l.Falcid.in.i.oppos. ubi loquitur de opere formi, & informi.

Iul. satis mihi, ut soles fecisti, sed adhuc tantillum dubij restat: dubito enim an ipse dominus, hoc est Titius, cuius procurator promisit eum ratum habiturum, possit pro parte ratum habere. Paul. minimè. Iul. quonam igitur modo diuidua dicitur. Fab. nonne mi Iuli hæc stipulatio decem dari est diuidua. .l.ij..§.i.ff.de uerb.oblig.& tamen is qui ea promittit, non pôt innito creditore pro parte soluere .l. tutor .§. Lutius .ff. de usu. glos.in.d.l.ij.§.i.

Rõ quãob rẽ st.pul. rẽ ratã̓ habeń in promissore est indiuidua diuidua uero in heredibus

Iul. & quænam differentiæ est ratio, ut si unus hæres ratum non habuerit, solus tenetur, alter uero non tenetur. qui pro parte ratum habuit, potuit igitur unus hæres pro parte ratum habere, dominus uero pro parte id facere nequaquam potest, hoc mirum est, immutatur enim ex persona hæredum obligationis conditio, id quod fieri minime debet .l.ij .§. ex his.ff.de uerbo. oblig. Fab. ratio facile reddi potest: nam quemadmodum si Titius centum promiserit, non potest partem soluere .d.§. Lutius ita, nec eius hæres poterit partem soluere, inuito creditore, Iul. tu tibi ipsi non constas. Fab. audi quæso mortuo promissore, duobus relictis hæredibus ipso iure, illius patrimonium ex lege duodecim tabularum inter hæredes diuiditur, & unusquisque hæres suam habet portionem, quæ respectu habentis, non est pars, sed totum quoddam, quemadmodum fundo regionibus in duas partes diuiso, neutra illarum est pars fundi sed per se fundus.l.si quis duas.§.si quis partem.ff. communi prædio. Ita id quod iure uni ex hæredibus uenit, non est pars sed totum quoddam, ueluti si Lutius debebat centum, eo mortuo, ea centum ipso iure inter duos hæredes, puta Titium & Sempronium diuiduntur ita ut quinquaginta a Titio, totidemque a Sempronio soluenda sint, sed quinquaginta respectu Semprronij non est pars, sed totum quoddam, oportet igitur, ut soluet totum, ut liberetur, nec posset uiginti quinque, & sic partem inuito creditore soluere, quemadmodum nec ipse Lutius poterat.d.§.Lutius.

Vides igitur mi Iuli cõditionem obligationis non esse immu

tatam, nam quemadmodum defunctus debebat totum soluere, & si pro parte soluisset, liberatus certe non fuisset, ita unusquisque hæres debet soluere totum id quod ipse debet, nec liberatur soluendo illius totius partem, non est igitur conditio obligationis immutata. Iul. iam mi Fab ex Pauli responsione, & tua interpretatione satis ingeniosa contentus sum, & utraque mirum in modum mihi cordi est, nec existimo potuisse melius & respõderi & interpretari. Fab. gratia dei id factum arbitremur, qui cum sit ipsa ueritas, non sinit ueritatem diu latere.

Superest acutissime auditor, ut inspiciamus an interpretatio Ias. ad illum uers. sed uideamus, sit literæ consentanea, ipse iactabundus ait, eum uerum esse illius uers. sensum, is huiusmodi est. Iureconsul. ut ait Ias. dubitat, an idem sit hic, scilicet in stipulatione amplius non agi, quod est in stipulatione per te non fieri quo minus. & c. dubium erat, inquit ipse, quia utraque stipulatio est negatiue concepta. Paulus iureconsult. respondens ait, non esse idem, scilicet in stipulatione amplius non agi, & in stipulatione per te non fieri & c. quia prima est diuidua, secunda est indiuidua, & ideo Paulus ex Ias. sententia concludit bene esse idem in stipulatione amplius non agi, quod est in stipulatione ratum haberi. Non possum non subridere, uel potius non dolere tantum uirum audacter asserere huiusmodi esse uerum sensum, & ait, hunc teneo, omissis aliis, qui magis confundunt, quam aperiant intellectum.

Interpretatio Ias. ad uers. sed uideam' non est bona

Videamus doctissime Ias. an id quod ais uerbis accommodari possit, consultor enim in uer. sed uideamus, dubitatiue loquitur, id quod ostendit illa dictio, ne, Sed dicas obsecro, unde dubitandi ratio oriebatur, sine controuersia dicendum est, esse ortam ex comparatione, quã Cato fecerat, seu Paulus ex Catonis uerbis, dixerat enim Cato, in stipulatione iter fieri, uno ex hæredibus contra faciente, ab omnibus pœnam pro portione hæreditaria committi, in stipulatione uero amplius nõ agi, eum hæredem, qui aduersus promissa fecerit, pro portione sua solum, pœnam committere, in uers. differentiæ, ponit rationem, inquiens, quia in priori casu, hoc est in stipulatione iter fieri, (ille. n. prior casus existit) omnes commisisse uidentur.

Rursus reddit rationem, inquiens, quia nisi in solidum peccari non poterat, deinde in uersiculo, ut in illa, comparat stipulationẽ illam, iter fieri, stipulationi per te non fieri quominus & c. comparatio autem in hoc uersatur, quod sicut in illa iter fieri, non po

test nisi insolidum peccari, ita et in hac per te nō fieri quominus. Hac Catonis comparatione audita, cōsultor dubitabūdus ait, Videamus an, non idem sit, hic. ille articulus hic non demonstrat stipulationem amplius non agi, ut tu Iason existimas, de ea. n. mentio à Catone facta non fuerat, sed sine controuersia ostendit eam stipulationem per te non fieri, quominus &c. huic enim à Catone comparata fuerat illa stipulatio per te non fieri, hanc ob causam consultor dubitans arbitratur stipulationem illā iter fieri non esse similem huic, per te non fieri, quominus &c. Quemadmodum Cato asserebat, Et ideo dixit, uideamus ne hoc est, an non sit idē, hic, idest in stipulatione per te non fieri, quod est in illa, iter fieri, negat igitur consultor esse idem, deinde quasi affirmatiue putat, magis idem esse, id quod est in illa stipulatione, Titium ratū habiturum, hoc est arbitratur consultor illam stipulationē iter fieri, magis esse similem huic, Titium ratum habiturum, quàm illi per te non fieri, quominus &c. ut Cato dicebat, poterat enim consultor moueri, quòd illa iter fieri est affirmatiua, hæc aūt per te non fieri, uidetur negatiua, quamobrem non uidetur recta comparatio sed magis, illa iter fieri, uidetur comparanda secundum consultorem, huic scilicet Titium ratum habiturum, est enim & hæc affirmatiua, sed decipiebatur profecto consultor, si quidem stipulatio per te non fieri quominus &c. æquipollet affirmatiuæ, ut supra ex Dialecticorū regula demonstratū est declaratione cxcviij. Hanc ob causam Paul. Iureconsul. respondens consultori, dicit, non idem esse, supple tu, in stipulatione, Titium ratum habiturum, quod est in illa iter fieri, & non interpretandum est, ut tu Iaso. interpretaris, qui illis uerbis Pauli, uidelicet non esse idem, addis scilicet, in stipulatione amplius non agi, & in stipulatione per te non fieri. Hæc autem interpretatio, quam sit à uero aliena ostendunt uerba Pauli, quæ sequuntur, quibus reddit rationē, quamobrem non sit idem inquiens, nam hac stipulatione, scilicet ratum haberi, solus tenebitur, qui ratum non habuerit, & solus aget a quo fuerit petitum. At in stipulatione iter fieri, si unus peccat, ab omnibus pæna committitur, bene igitur ait Paulus, non esse idem, sequitur itaq; ex uerbis Pauli, recte a Catone fuisse comparatam illam stipulationem, iter fieri, huic per te non fieri, quominus & c. illa enim est affirmatiua, & hæc per æquipollēs est affirmatiua, ut dictum est in. d. decla. cxcviij.

Item in illa est promissa seruitus itineris, itidem & in ista.

Item in illa, non potest nisi insolidum peccari, eodem modo

& in ista.

Similiter in illa, uno contrafaciente, ab omnibus pœna pro portione hæreditaria peti potest, itidem & in ista uno impediente, ab omnibus pœna committitur, cum non possit nisi insolidum peccari, recta est igitur comparatio, quam Paulus accurate paucis uerbis confirmat. Et ex his arbitror sensum, quem Ias. putat uerum esse longe a uero alienum: perbelle igitur ait philosophus .i. Ethic. uero omnia consonant, a falso cito discrepat uerum. Ex supradictis ingeniose auditor habes nouam indiuiduorum declarationem, quæ si satis tibi fecerit, non mihi, sed Deo a quo omnis prouenit ueritas, acceptam referto, & una mecum illi gratias agito.

CCV. Declaratio, quamobrem seruitus fundo communi per unum socium, nec acquiri, nec imponi possit.

SOLET quæri in .l. stipulationes non diuiduntur. ff. de uerb. oblig. quamobrem fundo communi per unum socium, non possit seruitus acquiri, item nec per unum socium imponi, rationem hanc reddi posse existimo, quod seruitutem recipere, nisi sibi nemo potest .l. proprium. ff. communia præd. & nota ibi negari potentiã, dictio. n. negatiua posita ante uerbũ potest, remouet potẽtiã, sed quãobrẽ hoc fieri nõ possit, nõ est manifestũ, nisi dicas hoc effici libertatis fauore, uel dicas in iure positiuo non referri, sic an sic ab initio cõstituatur, postquam uero est constitutum, diligenter est custodiendum. Arist. v. Eth.

In iure positiuo sic ã sic a principio constituatur nõ põt rẽs per reddi ratio

Placitum est igitur legum latori seruitutem etiam prædialem nẽminem posse nisi sibi ipsi acquirere. Pone itaq; fundum mihi tecum esse communem, si ego stipuler iter per fundum Titij ad fundum communem, si acquireretur huiusmodi seruitus fundo communi, per me tibi acquireretur, quod lex fieri uetat. d. l. proprium.

Item si stipuler iter ad partem meam fundi communis, nec mihi quidem acquiritur, quia non potest mihi iter acquiri, quin tibi acquiratur, nulla enim particula quamuis minima potest ostendi, in qua tu etiam non habeas partem, nemo enim partis corporis dominus est. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum. ff. commod.

non

non possum igitur mihi soli acquirere iter, in una minima fundi communis particula, in qua tu non habeas partem, præterea pars propria mea quamuis minima non potest apparere si non apparet perinde est ac si non esset, paria enim sunt non esse, & esse & non apparere. l. in lege fundi. ff. de contrahen. empt. & per consequens dici potest, nullam illius fundi partem posse ostendi meam, sequitur ut nec fundus aliquis ibi sit meus, res enim communis est omnium simul, & non singulorum. l. seruus communis sic. ff. de stipul. ser. quamobrem seruitus imponi non potest, nemo enim seruitutem acquirere potest, nisi qui prædium habet. l. i. ff. communia præd.

Eadem ratione, nec tu potes acquirere iter fundo communi, seu parti tuæ, quin mihi acquiras, quod fieri non potest. d. l. proprium.

Præterea nec est fundus tuus, nec aliqua pars potest dici tua. d. l. seruus communis, ergo. &c, sed si ego & tu stipularemur iter fundo communi, utique ualeret stipulatio & iter acquireretur. l. si unus ex socijs. ff. de seru. rust. præd. apparet enim fundus cui seruitus potest acquiri.

Nec obest si diceres, nonne socius censetur habere mandatum à socio, & sic poterit stipulari cõmuni societati. glos. in. l. nemo ex socijs. ff. pro socio. & sic unus socius uti procurator poterit alterius seruitutem fundo communi acquirere, parti suæ, ut dominus, parti uero socij uti procurator. Ad hoc respondentes Senenses aiunt illam glos. dumtaxat locum habere in societate conuentionali, quibus & ego assentior.

Tu uero dicas controuersiam esse de hoc, an socius uti socius possit seruitutem & parti suæ & parti socii, & consequenter fundo communi acquirere, sit sane ut habeat mandatum, tunc acquirit, non uti socius, sed uti procurator alterius socij, cui enim dubium per procuratorem posse nobis acquiri. l. i. §. per procuratorem. ff. de acqui. poss. est enim procurator uti instrumentum animatum mandantis, ut dictum est in materia acqui. posses. sed cõtrouersia est, an ut socius acquirat.

Adde ꝙ si etiam haberet mandatũ, non posset unus socius acquirere seruitutem parti alterius socij, cum socius ille non sit dominus alicuius partis. d. l. si seruus communis, &. d. §. si duobus uehiculum. si non est dominus alicuius partis, ergo non habet ibi fundum, si non habet fundum non potest nec per procuratorem acquirere seruitutem, cum sine fundo seruitus acquiri non possit, — Socius etsi haberet mãdatum non posset seruitutem parti communi acquirere

.d.l.i.ff.communia prædio.defectu igitur fundi, seruitus acquiri non poterit.

Idem dicendum est de fundo seruiente, unus enim socius non potest fundo communi seruitutem imponere.l.unus.ff. de seru. rust.præd.l.ij.ff.de serui. nec parti quidem suæ, cum nulla pars ostendi non possit, quæ propria sua dici queat in qualibet enim particula: & socius habet partem.

Socius non ē dominus alicuius partis

Præterea socius certæ partis non est dominus .d.§. si duobus uehiculum, non enim fundus est singulorum sed omnium .d.l. seruus communis sic.ff.de stipul.seruo.si socius non habet partem fundi, quæ possit demonstrari, nec habere fundum dicetur, & si non habet fundum nec imponi, nec dari ab eo seruitus potest.l. .i.ff.communia prędio.&.§.si.ff.de serui. Nec obest quod intellectu saltem habet partem.l.Meuius.§.duorum.ff.de leg.ij.uers. namque plures, & aduerte quod tex. ille est mendosus, scriptum est enim, neque, legendum est, cum, licet enim habeat partem, quæ intellectu percipi possit, tamen seruitus non potest imponi parti intellectuali, sicuti non potest anulo signum in aere imprimi.

Seruitus pōt promitti si ne fundo ac quiri uel imponi nō

Nec obest si quispiam dicat, etiam qui non habet fundum, potest promittere seruitutem, fateor enim seruitutem posse promitti sine fundo, sed imponi uel acquiri sine fundo minime potest, qui enim promittit, obligatur personæ, seruitus uero debetur prædio, non autem personæ.l.unus ex socijs.ff.de serui.rust. præd.uers.tamen quoniam, & sic habes rationem, quamobrem nec imponi, nec acquiri seruitus fundo communi nec parti unius socij rectè potest.

CCVI. Declaratio, quare non potest quis stipulari insulam in fundo communi ædificari.

SOLET etiam quæri, an quis possit stipulari insulam fabricari in loco communi, in hoc ita distinguito: Aut enim quis puta Titius hoc modo stipulat inquiens, Sei promittis ædificari insulam in fundo meo Gabiniano, qui fundus erat communis sibi cum Sempronio, & hoc casu stipulatio est inutilis, nam qui stipulatur insulam ædificari, debet demonstrare locum ubi insu-

la promissore ædificanda sit .l.ita stipulatus .ff.de uerb. oblig.

Sed in casu proposito non potest Titius demonstrare fundum suum, cum sit cum Sempronio communis, nam quod est pluriũ non est singulorum.l.seruus communis.ff.de stipul.ser.& Titius stipulatus est ędificari insulam in fuudo suo, hanc ob causam stipulatio non ualet, quia fundus suus demonstrari non potest. Aut Titius ita stipulatus est, Sei promittis ædificare insulam in parte mea, fundi Gabiniani, in parte in quam pro indiuiso intellige, & ita stipulatio non ualet, eo quod nulla pars fundi propria sua demonstrari potest, nec ipse est dominus alicuius partis pro indiuiso.d.l. si ut certo .§. si duobus uehiculum .ff. commod. Non potest igitur nec in hoc, nec in priori casu ostendi locus, ubi promissor insulam ædificet, quare utraq; stipulatio est inutilis, non enim potest insulam ædificari loco non demonstrato.d.l.ita stipulatus. Aut detracto hoc articulo meo, Titius itá stipulatus est, Sei promittis ædificare insulam in fundo Gabiniano, qui ut dictum est, erat communis cum Sempronio, hoc casu audacter dicerem esse stipulationi locum, cum demonstratus sit locus ubi insula ædificari possit., nec obstat, quod fundus sit communis stipulatori cum alio, potest enim quis insulam in fundo penitus alieno ædificare, licet si sciens hoc faciat materiam donare censeatur.§.ex diuerso.Inst.de rer.diuis. Si enim promissor ædificauerit insulam in solo communi, ædificium cedit solo .§. cum in suo.Inst.de rer.diuis.& sic insula erit communis, uti fundus est communis, poterit tamen Titius qui ædificari fecit á socio impensas communi diuidundo iudicio repetere .l. si quis cum æstimaret.ff. commu.diuid.

Quod est pluriũ nõ ę singulorum.

At si ædificator intra diem constitutum non ædificauerit, tenetur ad pęnam si qua promissa est, uel saltem in id quod interest, .l.stipulationes non diuiduntur.ff.de uer.oblig.in fi.l.si quis ab alio.ff.de re iud.nec potest excusari, quod nnn appareret locus ubi ædificare posset, cum fuerit demonstratus locus á stipulatore. Et si dicat poteram prohiberi á socio, hoc ei nihil prodest, debuit enim experiri, & incipere ædificare, & si fuisset á socio phibitus, non teneretur in id quod interest, difficultas enim excusat á pœna.l.si uehenda.ff.ad.l.Rhod.de iact. & Bar. in .l. quod te mihi.ff.si cer.pet.nu.decimo quarto.

Differt igitur hic á priori casu, nam si stipulor iter ad fundum communem, ideo iter non acquiritur fundo communi, quia alii seruitutem acquirere potest nemo,l.proprium.ff.communia prę.

præd. & si socio non acquiritur, nec mihi acquiri potest, cum nulla in communi fundo pars mea propria dici possit, socius igitur & ego possumus prohiberi, ne utamur itinere concesso, sed nullibi prohibetur, quin socius possit stipulari insulam in fundo communi ædificari, tenetur igitur promissor ædificare, qui non faciat, in id quod interest condemnatur, nisi à socio prohibeatur.

CCVII. Declaratio quamobrem ex stipulatione nutu facta, naturalis obligatio non nascatur.

VLPIANVS in.l.i.§. si quis ita. ff. de uer. oblig. ait eum qui interrogationi nutu sine uerbis respondet, nec ciuiliter nec naturaliter obligari, quod ciuiliter non obligetur, facile admittitur, quod autem nec naturaliter non sine controuersia concedi potest.

Scribentes quærunt, quamobrem hoc fiat, tandem aiunt id ex formæ defectu euenire, forma enim est q̃ dat esse rei. l. Iulianus. §. si quis. ff. ad exhiben. quæ si abest actus redditur nullus, ita Iaf. ait in. d. §. si quis ita. uers. quinto diligenter nota, & Bar. in l. si quis pro eo, ff. de fideius. in octaua quæstione, hæc ratio paulum eruditiori non plenè satisfacit. Sit enim sane: ut aiunt, abesse stipulationis formam, & consequenter eam esse nullam, nonne ibi adest conuentio, & sic duorum in idum consensus, & consequenter pactum, nullus est enim contractus quin habeat in se conuentionem. l. i. ff. de pact. si igitur adest pactum, quamobrem ille promittens non obligatur saltem naturaliter.

Ratio doct. de hoc non plene satis facit

Pro solutione scire oportet, quatuor esse causas, per quas omnis res composita existit, est enim efficiens, materialis formalis & finalis ex Arist. ii. Phys. & in omnem rem componendam, hæ quatuor concurrunt exempli causa, in domo construenda, ædificans est causa efficiens, causa materialis sunt partes, ex quibus componitur, utputa solum paries, & tectum, causa formalis est ipsa partium concinna compositio, ordo, atque figura, causa finalis, ut defendat nos à pluuijs & uento.

Causæ quatuor concurrunt in omni re cõponẽda

In arboribus causa efficiens, est natura increata, materialis est ipse truncus, uel lignum, formalis anima uegetatiua, finalis. ut producat fructus, hominum causa. §. in pecudũ. Inst. de rer. diui.

In animali causa efficiens, est illamet natura increata, materia-

lis est ipsum corpus, formalis anima sensitiua, finalis est hominũ gratia, quippe cum hominum causa animalia generentur.

In contractibus causa efficiens est contrahentium uoluntas. l. non omnis. ff. si cert. pet. materialis est ipsa conuentio, genus. n. loco materiæ habetur, ut ait Porphy. in præd. diffe. formalis est perfecta, siue concinna compositio cuiusque contractus, de quo supradictum est, in declaratione pacti nudi. finalis est id cuius gratia contrahitur.

In stipulatione igitur perfecta debent eiusmodi quatuor causæ concurrere, erit enim causa efficiens, contrahentium uoluntas, materialis ipsa conuentio. l. 1. ff. de pact: formalis ut præcedat interrogatio, & sequatur responsio, & ut uerbis & inter præsentes id fiat, finalis ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest. §. alteri. Inst. de inut. stip.

Est etiam sciendum, omnes effectus, omnesque actiones, ex forma materiæ adiuncta proficisci. nam quod planta nutriatur, crescat, producat fructus, generetque ex forma, quæ est anima uegetatiua, ut dictum est, id procedit, qua remota ex ligno, quæ est causa materialis nihil horum nascitur.

Ex forma operationes & effectus nascuntur

Item quod animal nutriatur, crescat, generetque, hæ enim operationes uirtute uegetatiuæ, hoc est ex anima uegetatiua uti ex forma proueniunt. Item quod uideat, audiat, olfaciatue, nascitur ex forma, quæ est ipsa anima sensitiua, qua remota. nihil horum fit, licet remaneat corpus uti materia.

Eodem modo effectus siue operationes, quæ nascunt ex stipulatione, ueluti obligatio tam ciuilis quam naturalis ex ipsa forma proficiscuntur. Inst. de uerb. obli. in prin. Quamobrem si forma non adsit. nec ciuilis nec naturalis nascitur, ut in. d. §. si quis ita, & licet remaneat conuentio seu pactum, remanet uti materia informis, que nihil potest producere, quemadmodum si ab animali, remoueatur anima sensitiua, licet remaneat corpus, tamen nec operationes animæ uegetatiuæ, nec sensitiuæ producit, est enim illud corpus in ipso animali uti materia informis.

Oblig. ciuil. & naturel: nascit ex forma contractus

Ita conuentio, quæ est uti genus. l. i. ff. de pact. in stipulatione inest tanquam materia, quæ si non adsit forma, nec ciuilem, nec naturalẽ producit obligationẽ, est enim nuda materia, hoc est nuda pactio, quæ obligationem non parit. l. iurisgentium. §. igitur nuda. ff. de pact.

Et licet interdum ex pacto nudo, dicatur nasci obligationem tamen illud fit, quando contrahentes separatim à stipulatione, &

per se uolunt facere pactum nudum. Pactum .n. nudum per se contractum species est conuentionis, & huiusmodi pactum ut species non inest stipulationi, una enim species alteri non inest, non potest enim equus inesse asino. sed conuentio seu pactum uti genus, & informe inest stipulationi, aliisque contractibus de quo supra dictum est. Cui si adest forma, adsunt & eius operationes, & si abest, illæ etiam absunt.

Quemadmodum si embryoni adsit forma, & sic anima sensitiua, adsunt & eius operationes, si uero abest & illæ absunt, nam si mulier faciat abortum, illud corpusculum sine forma nec operationes animæ sensitiuæ, nec uegetatiuæ quidem habet, siue excet, est enim corpus uti rudis materia in animali, ita pactum ut genus, quod est loco materiæ in stipulatione, nisi adsit forma, nec ciuilem, nec naturalem quidem obligationem parit, est enim uelut rudis & informis materia. Et ex supradictis apparet, quamobrem ille qui respondet interroganti nutu, non obligetur naturaliter. si non obligatur naturaliter, merito fideiussor pro eo non obligatur, cum nec ciuiliter nec naturaliter principalis promissor obligetur arg. §. i. Inst. de fideius.

CCVIII. Declaratio, quæ sit in testamento causa formalis.

Causæ quatuor côcurrunt in testamento

PRAETEREA in testamento, causa efficiens, est testatoris uoluntas. l. i. ff. de testa. & in. §. disponat. Aut. de nupt.

Causa materialis sunt bona ipsius testatoris. d. l. i. ibi de eo.

Causa uero formalis non est solum numerus testium, ut quidam aiunt, sed est recta partium compositio, & ordo.

Est enim testamentum quoddam totum integratum, partes uero nuncupatiui testamenti integrantes sunt hæ, scilicet hæredis institutio, seu exhæredatio nominatim facta, numerus testium. hæ si iungantur, ordinenturque uno contextu, ut in. l. hæredes in fi. ff. de testa. efficiũt unũ totum integratum, quod testamentum appellatur, hinc titulus positus est de testa. ordi. nulla tamen harum partium separatim est forma testamenti, neque enim hæredis institutio, nec exhæredatio per se, neque numerus testium per se, est forma, fatendum tamen est, unamquamque partem esse de forma, cum sine ea forma non queat existere,

Est igitur forma testamenti, ordinatio & partium compositio unico contextu facta, quemadmodum forma domus, est ordinatio, seu perfecta partium compositio, est enim & ipsa domus totum integratum, partes uerò integrantes sunt solum, paries, & tectum .l. cum qui ædes .ff. de usucap. At si una pars domus esset imperfecta, puta tectum dimidiatum non esset domus, cum propriam formam non habeat, quæ ex consumatione, hoc est perfectione consistit .l. si is qui .§. quædam . ff. ad .l. Falc. nec potest nos à pluuia, & uento aliisque aeris læsionibus defendere.

Forma testamenti quae

Forma quae

Ita in testamento, si una pars est imperfecta, utputa si adsint quinque testes, septem enim requiruntur: Inst. de testa. ordi. testamentum non habebit formam suam, quæ ut dictum est, in consumatione consistit, & consequenter uti testamentum non ualebit. l. si unus. C. de testa. l. non codicillum eod. tit. neque uti codicilli ualere potest. l. ex testamento. C. de fideicom. . l. cohæredi. §. cum filiæ uer. quæ ita. ff. de uulg. & pupill.

C CIX. Declaratio quare testamentum, cum adsint quinque testes, non ualet ut codicilli.

SED dubitatur quamobrem, non ualet ut codicilli, cum ibi adsint quinque testes, qui numerus ad codicillos faciendos sat est. l. si . C. de codicil. responde illos quinque testes in testamento esse adhibitos, ut partem testament. , nõ autem ut partem codicillorum, nam testamentum & codicilli sunt duæ diuersæ species. l. si idem. C. de codicil. & una species alteram continere non potest, equus enim in se non continet asinum, quando igitur causa efficiens uult unam speciem efficere, si illa erit imperfecta in alteram non mutatur, utputa si natura uelit efficere corpus anima sensibili animatum, cui & anima uegetatiua inest, si aliquo impedimento id fieri nequeat, puta si fœmina faciat abortum, illud corpusculum non ualebit, ut corpus anima uegetatiua animatum quod est planta, ad quod faciendum sola anima uegetatiua sufficeret, ratio quia illa anima uegetatiua, quæ inerat animali formando, inerat uti pars animalis non uti pars plantæ. Item si artifex ex uitro uelit efficere phialam, si eam aliquo casu imper

ctam fecerit, puta parte superiori carentem, licet ibi sit uitrum, ex quo potuisset fieri ciathus, & in ea parte inferiori facta, posset bibi uinum, non tamen erit ciathus, propterea quod artifex uoluit phialam fingere, non autem ciathum.

Ita ad propositum si testator uoluit facere testamentum, ut speciem per se, & si deficiat, eo quod pars testium absit non ualebit ut codicilli, cum sint diuersæ species, actus enim agentium, non operatur ultra eius intentionem. l. non omnis. ff. si cert. petat. Et in hoc casu & in superiori non habet locum illa regula, uel ut aiunt illud brocardum si non ualet quod ago, ut ago ualeat, ut ualere potest, cum aliter ualere non possit.

At si testator uti causa efficiens, uoluerit illud testamentum ualere, ut codicillos, ualebit utique eius uoluntas ut codicilli. d. l. si. C. de codicil. & d. l. cohæredi. §. cum filiæ, & l. ex testamento. C. de fideicomm.

Testatoris uoluntas & uti artifex

Volunta s enim testatoris uti artifex ex materia & partibus, quibus uolebat testamentum componere, efficit codicillos, & quod uult ipse pro lege habetur. Aut. de nupt. §. disponat. quemadmodum ille artifex qui fecit phialam imperfectam, potest ex ea ciathum facere si uult, sed huic uidetur obstare. l. Scæuola. ff. ad Trebell. ubi testator filio impuberi codicillis substituit, mortuo impubere filio, illa substitutio quæ non potuit ualere directò, quia codicillis hæreditas neque dari neque adimi potest, ualet ut fideicommissum, & ita si non ualet quod ago, ut ago, ualet ut ualere potest. Bar. & alij in hoc. §. si quis ita, uariè respondēt, sed unaquæque responsio facile refutari potest, & à scribentibus refutatur, referrem eas opiniones, refelleremque non ineleganter, sed quia pollicitus sum non aliena sed mea referre, ideo hanc accipito solutionem.

si q'd ago nō valet ut ago valet ut ma[gis] valere p[ote]st

CCX. Declaratio. l, Scæuola. ff. ad Trebell.

CASUS in. l. Sceuola à superiori longe distat, in superiori enim specie, causa efficiens hoc est testatoris uoluntas fecit unam speciem, hoc est testamentum licet imperfectam, nec tentauit facere alteram speciem, hoc est codicillos, & ideo si illa prima species nō ualet, nec altera existet, impossibile est enim alteram ualere, quam causa efficiens noluit facere, minimeque sub illa prima continebatur, ut supra declaratum est.

Non

Non potuit igitur testamentum conuerti in codicillos, cum. sit altera species. At in l. Sceuola, è contrario actum est, causa.n. efficiens, hoc est testator fecit codicillos, & ut codicilli ualent & sic illud quod egit, ualet ut egit.

Sed si diceres uoluit facere substitutionem pupillarem, hæc autem, ut substitutio pupillaris ualere non potuit, cum sit facta in codicillis, idcirco non ualet ut testator egit, ualet tamen ut pupillare fideicommissum, & sic ut ualere potest. Habet igitur locum illa regula si non ualet quod ago &c.

Ad hoc ita respondeto, testator potest filio suo facere pupillarem substitutionem. pupillareque fideicommissum, per illam.n. directe, per hoc oblique filio succeditur, & tam illa quam hoc pubertate finitur, l. in pupillari. ff. de uulg. & pupil. l. quod fidei icommissum. ff. de leg. i.

Aut igitur testator in. l. Scæuola prouidit filio, per uerbum substituo, quod quidem est uerbum commune, & directam & obliquam comprehendens substitutionem, ut not. Bar. in. l. centurio in ult. charta, & ibi alii.

Aut dixit filio meo, Titius hæres esto, & tunc idem dicendum est. hoc enim uerbum hæres idem est quod dominus, & sic est commune. l. his uerbis. ff. de hæred. instit, & ibi glos. ait, hæres & dominus idem est. & .§. fin. Inst. de hæred. qual. & diffe. & plene diximus in materia substitutionis in declar. clxiiij. si igitur est commune, ergo est aptum ad comprehendendum tam pupillarem substitutionem, quam pupillare fideicõmissũ.

Sed quia testator fecit codicillos, in quibus illa uerba, hæres esto seu substituo, non possunt capi directo capienda sunt eo modo, quo codicilli patiuntur. hoc est oblique. Veluti si quis dicat, dabo tibi animal, eo uerbo continetur & uolatile, & natatile, hoc est auis & piscis, sed si diceret dabo tibi animal, quod est in aere, tunc necessario ratione aeris adiuncti, illud commune nomen capitur pro aue,

Ita in l. Scæuola, ratione codicillorum, illa substitutio facta filio, ualet ut fideicommissum pupillare, quod sub illa aptitudine continebatur, & ideo illa dispositio facta à testatore ualet eo modo quod actũ est saltem tacitè, actum enim id esse dicitur, non solum quod expresse sed etiam quod tacite, ratione adiuncti agitur. l. semper in stipulationibus. ff. de reg. iur. & ibi glos. in uersic. item actum, ubi ait, actum intellige etiam tacite ratione rei, ibi enim quæritur, si uendo tibi fun-

Actum enim dicitur uel quod expresse uel tacite agi

dum centum ducatis, hæc appellatio ducatis, potest capi pro ducatis aureis, & pro ducatis de carolenis, dicit glos. quod capitur quod actum est expresse uel tacite ratione rei, puta si fundus ualet centum ducatis aureis, intelligitur actum de ducatis aureis.

Ita in casu proposito ratione codicillorum à testatore factorum, intelligitur tacite actum fideicommissum pupillare, & sic illud quod egit saltem tacite ualet, ut egit. Huc usque non habemus probatum hoc ut aiunt brocardum, si non ualet quod ago, ut ago. &c.

CCXI. Declaratio .l. si tam angusti .ff. de serui.

DOCTORES aiunt istud brocardum, plus quam manifestè probari in .l. si tam angusti .ff. de serui. ubi uia à quopiam in tam angusto loco concessa fuerit, ut neque uehiculum, neque iumentum ea iri possit, iter magis quam uia acquisitum uidebitur, ecce ibi concedatur uia, quæ ratione loci non ualet, ut uia, ualet tamen eo modo quo ualere potest, hoc est ut iter, & ita si non ualet quod ago. ut ago, ualet ut ualere potest, id quod est contra tex. in. d. §. si quis, quod autem respondeant scribentes tu ipse uideto.

CCXI. Declaratio illius brocardi, si non ualet quod ago, ut ago & c. in qua declarantur leges, quæ ad id allegantur.

TV uero ut iure nostro agatur, dicito in .d. l. si tam angusti, ualere id quod agitur, quamobrem non est illi brocardo locus.

Pro uero illius textus intellectu scire oportet iter, actum, uiam esse seruitutes separatas. l. 1. ff. de ser. rust. præd.

Item non est ignorandum, has seruitutes æquiparari animæ ensitiuæ, ut ait Bar. in .l. stipulationes non diuiduntur in ij. col. nu. 3. sicut enim illa est tota in toto, & tota in qualibet parte, ut philosophi & Theologi aiunt, & Bar. ibi, ita seruitus itineris,

& uiæ, est tota in toto, & tota in qualibet parte ut ibidem Bar.

Item quemadmodum anima uegetatiua separatim ab anima sensitiua est una species, ut patet in plantis, suos proprios habens effectus, hoc est ut planta nutriatur, crescat generetue, anima sensitiua si per se consideretur habet etiam suos effectus, hoc est audiendi, uidendi sentiendi. &c.

Item anima rationalis est species etiam per se, & hæc habet suas operationes, hoc est operationes intellectus & uoluntatis & c. sed animæ sensitiuæ semper inest uegetatiua, non tamen uti species per se, sed uti pars & potentia substantialis illius, adeo ut non possit sensitiua in animali sine uegetatiua consistere.

Item animæ rationali inest, & uegetatiua & sensitiua, non uti species, sed uti pars seu potentia substantialis illius, adeo ut quod habet animam uegetatiuam, non habet sensitiuam. ueluti arbor, sed quod habet sensitiuam habet etiam uegetatiuam, ut animal non tamen habet rationalem, sed id quod habet rationalem, habet sensitiuam & uegetatiuam, non tamen uti speciem.

Ita actus, iter sunt species seruitutis per se.

Iter tamen est ius eundi ambulandi hominis.

Actus uero est ius agendi, uel uehiculum uel iumentum.

Via etiam est species per se, & est ius eundi, agendi & ambulandi, & trahendi lapidem, lignumq́. l. i. ff. de seru. rust. prædio. & ibi not.

Hinc fit ut qui iter habet. actum non habeat, qui actum habet iter habeat, & qui uiam habet, iter actumq́ habeat. Caue ne ex istimes, eum qui habet actum, habere iter per se. nam si ita esset, legato actu. posset adimi iter, id quod fieri non potest. l. i. ff. de adim. leg. sed habet iter uti partem, seu potentiam substantialem actus, hoc ipsum est quod ait glos. in. d. l. i. ff. de seru. rust. pręd. in uers. actus. & Inst. de ser. rust. præd. in prin. & ibi glos. dum ait, hoc quantum ad commodum, non quantum ad seruitutem, si enim inesset iter, uti seruitus posset profecto adimi, id quod fieri negat Iureconsul. in. l. i. ff. de adimen. leg.

Qui habet uiam non habet iter uti seruitutē separatā sed uti partē substātialem

His suppositis, si natura faceret animal, cui & oculi, aures & nares gustusq́ essent impediti, eo casu corpus habens animam sensitiuam, cui & uegetatiua inest, non posset neq́ uidere, neq́ audire, nec olfacere, nec gustare, sed solum animæ uegetatiuæ operationes exerceret, illud enim corpus nutriretur, augeret generaretq́, adeo ut solum ibi anima uegetatiua inesse uideretur.

Ita in proposito qui habet uiam, cui actus & iter, uti partes substantiales, ut dictum est insunt, si in tam angusto loco, eam habeat, ut non possit ibi, uires actus exercere, hoc est non possit ducere iumentnm seu uehiculum, exercebit solum uires itineris, hoc est ibit & ambulabit, & hoc fit ob loci impedimentum, sicuti dictum est in corpore impedito.

Is igitur qui uiam concessit in tam angusto loco, concessit uiam actum & iter, uti partes illius uiæ substantiales, quæ ab ipsa non queunt separari. d. l. i. ff. de adimen. leg. & supra diximus. Quamobrem in. d. l. si tam angusti fuit concessa uia, & ut uia ualet sed ratione loci est restricta & angustata, ita ut non possit præstare nisi itineris operationes, fac iunt enim quæ dicit Bar. in. d. l. stipulationes non diuiduntur: nu. 3. uer. modo pone.

In. d. l. fuit cōcessa uia & ut uia ualet

Hanc ob causam Pomponius ait, iter magis quam uia, aut actus acquisitus uidebitur. nota illud uerbum uidebitur quod non significat ueritatem, sed ut dixit uidebitur. quia dumtaxat apparent operationes itineris, & non uiæ, est tamen re uera uia, quæ non potest omnes operationes suas præstare, ratione loci angusti, quemadmodum anima sensitiua in corpore suis partibus orbato, non potest nisi uegetatiuæ operationes exercere, & tamē re uera, ibi est anima sensitiua.

In d. l. si tam angusti non probatur illud brocardum si non ualet quod ago ut ago &c.

Ex his plusquam manifestum est, in. d. l. si tam angusti non habere locum illud brocardum, si non ualet quod ago, ut ago & c. immo ibi ualet, ut actum fuit, uoluit enim concedere uiam, & re uera concessa est uia, & ualet ut uia, sed non potest, ut dictum est, omnes suas uires siue operationes ratione angusti loci exercere, quemadmodum anima sensitiua non potest exercere omnes suas operationes in coroore, cui non adsunt organa deposita, ut diximus,

Et sic huc usque non habemus hanc maximam, seu ut aiunt brocardum, si non ualet quod ago, ut ago & c.

Sed dicet quispiam eam posse elici ex. l. insulam. ff. de præscript. uerb. ubi Titius dixit Fabio, uendo tibi insulam, ut aliam insulam mihi reficias, dicit ibi Neratius nullam esse uenditionem, sed ciuili intentioni incerti agendum esse, hoc est præscriptis uerbis, ut ibi glos. dicit.

Dixit igitur Titius se uenditurum insulam, sed quia nullam fecit pretii mentionem, quæ est substantialis forma uenditionis

.§.pretium Inst de empt. & uend. non ualet ut uenditio.

Rursus quia addidit ut insulam reficeres, quæ uerba adiuncta illis uerbis, uendo insulam, demonstrant contractum innominatum, & est perinde ac si dixisset, do insulam, ut insulam reficias cum igitur non ualeat ut emptio, ualet ut contractus innominatus, bene igitur probatur illa maxima in illa lege.

Sed tu memoria repete id quod sæpius dictum est, uidelicet in re qualibet facienda, quatuor necessario requiri causas, efficientem, materialem, formalem & finalem, inter quas principem locũ obtinet efficiens, ac formalis, forma enim ea est quæ dat esse nomenq; rei. d.l. Iulianus. §. si quis. ff. ad exhiben. Bar. in tract. de alueo. §. si quis ait, a forma rem accipere id quod est & nomen, nomen inquam appellatiuum: uocabula enim rerum, hoc est nomina appellatiua immutabilia sunt. l si quis in fundo. ff. de leg. .1. si quis igitur equum appellaret hominem, aurum, electrum non faceret quominus equus esset equus, & aurum aurum.

Et quia res clarior fit exemplo l. 1. ff de præscrip. uer. ideo finge Titium ita interrogare Fabium pingentem. Fabi quid pingis pictor respondeat, pingo hominem, & tamen suo penicello fingat equi effigiem, & licet pictor dicat pingo hominem, re uera ut ex figura apparet, pingit equum, & sic erit id quod agit, prout agit, hoc est erit equus, prout equum pinxit, ualebit ergo id quod pictor agit, prout agit, hoc est equi effigies quã faciebat, uera erit equi effigies, nec obstat quod dixerit, pingo hominem non enim id quod dixit agebat, nec enim mente agitabat pingere hominem, nemo enim existimandus est id facere, quod prius mente non agitauerit. argum .l. Labeo .ff. de suppell. leg. uers. cæterum, prius enim causa efficiens componit, architectaturq; in intellectu rem faciendam, deinde ab illius exemplo, facit illi similem in materia, ut puta ædificator prius architectatur domum in intellectu, deinde facit domum illi similem: unde Aristot. in vij. prim. philosop. ait domus & sanitas, quæ sunt in materia, sunt a domo, & sanitate, quæ præexistunt in intellectu, quamobrem qui pingit equum, in mente prius agitauit pingere equum.

Domus in materia est a domo quæ preexistit in intellectu

Ita in proposito, Titius prius in mente agitauit facere contractũ innominatum, hoc est do insulam, ut insulam reficias, hæc enim est forma contractus innominati, quæ ut dictum est dat esse & nomen rei, & licet dixerit uendo insulam, tamen non obest

quominus sit is contractus, quem figura & forma demonstrat, hoc est innominatus, ibi enim non aderat, id quod est de forma uenditionis, quod est pretium, sed dumtaxat forma contractus innominati inerat, nec ille contrahens dicendo, uendo insulam, potest facere, ut res non sit, id quod forma efficit, quam ipse dat quemadmodum si pictor dicat, pingo hominem, & pingit equum, non potest facere quin id quod pingit, non sit id quod forma ab eo data demonstrat, & sic apparet in.d.l. insulam non probari si non ualet quod ago, ut ago & c. immo ualet quod agit ut agit. Nec obstat quod dixerit uendo, non enim huiusmodi maxima est, si non ualet quod dico: ut dico, ualet, ut ualere potest, sed si non ualet quod ago, ut ago. & c. & ibi ualet, id quod agit omnino ut agit, egit enim in mente facere contractum innominatum, id quod forma ostendit, ut supra dictum est.

In.l.: insulã nõ probatur si non ualet quod ago ut ago & c.

Sed aiunt scribentes, illam maximam probari. in.l. multum interest .ff. de uerb. oblig. ubi si Titius promittat stipulanti rem cuius commeccium non habeat, si non potest prestare rem, praestat interesse, seu aestimationem, & ita si non ualet, ut agitur, ualet ut ualere potest.

Sed tu dicas, quod ibi causa efficiens uoluit facere unam speciem hoc est stipulationem, & ualet ut stipulatio, & sicut actum est.

Sed quia promissor non poterat dare rem promissam, cum eius commercium non haberet, praestat id quod interest, quamobrem si consideramus id quod agebatur, ualet uti agebatur, agebatur enim ut fieret stipulatio, & ut stipulatio ualet, ualet igitur ut ago At si stipulatio postquam consistit, si non potest operari proprium effectum, ut res detur, operatur aequipollens, hoc est ut id quod interest praestatur quod est loco rei.

Quemadmodum si natura uti causa efficiens, formet in utero mulieris hominem, is autem secundum formam, homo existens sit obtortis cruribus, si non potest pedibus ambulare, ambulabit per aequipollens, hoc est Scipione innixus, & sic ibi non probatur maxima, si non ualet quod ago ut ago & c, agebatur enim ut esset stipulatio, & stipulatio est, & sic ualet quod agitur ut agitur, sed postquam existit operatur quod potest.

In.l.: multuminterẽ non probatur illud si non ualet quod ago ut ago &c:

Dicunt praeterea illam maximam probari in.l. si acceptolatu .ff. de acceptila. ubi si accepto latum fuerit ei, qui non uerbis re, obligatus est, non liberatur, sed potest se tueri exceptione pacti & ita si non ualet quod ago, ut ago, ualet ut ualere potest.

Dicas acceptilationem fieri per stipulationem .§.item per acceptilationem.quib.mod. toll.oblig.Inst.eamque dumtaxat obligationem,quæ uerbis consistit,tollit.sed in.d.l. si accepto latũ ualebat stipulatio,habebat enim sua essentialia, sed non poterat operari,ut tolleret obligationem,non uerbis sed re contractam, operatur tamen ut is cui acceptolatum est , pacti conuenti exceptione se tueatur.quod pactum inerat stipulationi, non uti species per se, sed ut pars substantialis stipulationis , cuilibet enim stipulationi inest pactum.l.i.ff.de pac.

Quemadmodum uia continet iter, non ut seruitutis speciem, sed ut partem ipsius, stipulatio igitur duas habet potentias , ciuilem unam , alteram uero naturalem , si non potest operari per ciuilem.d.l.si acceptolatum,operatur per naturalem, hoc est per uim pacti in ea contenti.

Quemadmodum homo habet animam rationalem , & uegetatiuam,quando non potest operari per rationalem , utputa in somnis in quibus homo nihil per animæ rationalis potentiam operatur,sed bene uires animæ uegetatiuæ exercet, nam in somnis nutritur , & augetur ita acceptilatio interposita super eo, quod non debetur uerbis , si non potest tollere obligationem per uim ciuilem,cum ciuilis ratio ciuilia dumtaxat tollat , operatur per uim pacti , cuius ea est uis,ut pariat exceptionem.l.iurisgentium.§.igitur nuda pactio.ff.de pac. quamobrem in .d.l. si acceptolatum ualet quod ago,ut ago. nam stipulatio quæ agebatur inter contrahentes consistit & ualet.

Ex supradictis facias duas regulas.

Prima sit,quando causa efficiens uult facere unam speciem,si ob cuiusque rei defectum,eam non perficit,& sic illa species non ualet,nunquam ualebit, ut alia species , nec poterit quicquam operari,id enim quod non est,nihil operari potest. Causa efficiẽs quãdo uult facere unã speciemsi ea non ualet nec altera ualet quã noluit facere

Et ita procedit.§.si quis ita.in.d.l. i.ff. de uerb. oblig. ubi si non ualet una species,hoc est stipulatio,quæ mente agebatur,nõ ualet uti alia species,& sic ut pactum,ita etiam procedit tex. in .l.non codicillum.C. de testa.l. ex ea scriptura . ff.eo.l.fi. C.de codicill.ubi si non ualet ea species quæ agebatur , hoc est testamentum non ualet,ut alia species,hoc est ut codicilli.

Ita etiam procedit tex.in.l.si seruus legatus .§. si alicuius seruus .ff.de leg.i.ubi testator legauit seruo alieno libertatem directam & sic fecit unam speciem,quæ ut ibi dicitur, non ualet, nõ ualebit etiam ut fideicommissariam, cum sit alia species.

Idem etiam dicendum est in.l.tutores.§.1.ff. de admi.tut.q Ias allegat,ubi curator datus impuberi,non ualet ut tutor ratio quare non ualeat, est quod testator uoluit facere unam speciem, quæ si non ualet,non potest ut alia species ualere,ut dictum est tutor enim,& curator censentur ut diuersæ species, id quod patet,ex diuersis tit. Insti,

Hoc etiam modo procedit tex.in.l.i.§. eum qui.ff.de const. pecu. ubi quis absens stipulatus est à Titio, id quod sibi debebatur,stipulatio non ualet,nec ualet ut constitutum,ratio , quia causa efficiens uoluit facere unam speciem, hoc est stipulationem non autem constitutum , quæ est altera species , hoc ipsum est quod ait Iurecons. quoniam non animo constituentis sed promittentis factum est.

Ita etiam intelligitur tex.in .l. si causa cognita. ff. de transac. ubi causa efficiens uoluit facere unam speciē, hoc est transactionem,& quia non ualet ut transactio,nec ualet ut pactum. Et ita intelligantur omnes leges,in quibus causa efficiens uoluit unam speciem facere,si ea est inutilis , nunquam ualebit ut altera, est igitur actus omnino inutilis,& ideo nihil operari potest.

Sed huic primæ regulæ occurrit tex.in c. unico de spons. impuber. ubi duo impuberes non proximi pubertati contraxerunt per uerba de præsenti,& ita uoluerunt facere unam speciem hoc est matrimonium , quod ætate prohibente non tenuit, & tamen ualet ut sponsalia de futuro , & sic ualet , ut alia species.

Species una in aliā cōuerti nō potest sine efficienti causa

Tu pro solutione dicas , illam speciem factam ab impuberibus,quod est matrimonium non ualere ut sponsalia, immo illa penitus corruit , nec potuit in aliam conuerti, una enim species per se sine efficiente causa in aliam conuerti minime potest, bos enim non potest in equum conuerti,tamen ex boue mortuo,alia causa efficiens,ueluti sol mediante calore potest producere aliā speciem , ut puta apes , ut apud Virgilium in quarto Georgicorum.

Pandere quoq; modo cæsis iam sæpe iuuencis
Insincerus apes tulerit cruor.

Ita in dicto capitulo alia causa efficiens, hoc est legumlator fauore matrimonij facit aliam speciem, hoc est sponsalia , quod patet in eo tex.ibi.sponsalia enim illa quæ iuris interpretatione tantum fuerunt sponsalia de futuro , licet uerba consensum exprimentia de præsenti haberent ; nota igitur illa uerba iuris in-

terpretatione

terpretatione,ius igitur facit aliam ſpeciem, quemadmodum ſi teſtator faciat unam ſpeciem ſubſtitutionis,hoc eſt uulgarem,lex ut cauſa efficiens tacita,fauore pupilli, aliam hoc eſt pupillarem facit.quamobrem ille tex. primæ regulæ nihil obeſt, ea enim regula loquitur de prima ſpecie inutili, quæ ut dictum eſt, in aliã non tranſit,nec quicquam operatur. poteſt tamen cauſa efficiens, facere aliam ſpeciem,ut puta teſtator poteſt facere, ut ſua uoluntas non ualeat, ut teſtamentum ſed ualeat ut codicilli .l. ſi. C. de codicill. & contrahentes poſſunt facere aliam ſpeciem. ſi non ualet prima ab eis facta .l. an inutilis de accepti. & in in aliis ſimilibus.

Secunda regula eſt huiuſmodi, quando cauſa efficiens efficit unam ſpeciem, ſi ea ex ſuis ſubſtantialibus partibus conſtat. ita ut ualeat. ſi non poteſt ob extrinſecum impedimentum proprios operari effectus, operabitur per æquipollens, & ſic id quod poteſt,ut patet in exemplo ſupra poſito. Cauſa efficiens ſi facit unã ſpeciẽ ſi ea non poteſt operari ut debet operabitur ut poteſt

Si enim natura uult efficere hominem, & uere exiſtat homo, ſi ob accidentale impedimentum, puta ſi penitus eſt loripes. ſi non poteſt pedibus ambulare, per æquipollens ambulabit, eo modo quo poteſt, & ſic procedit tex.in .l. multum intereſt. ff. de uerb.obliga.& tex.in .l.ſi acceptolatum de acceptila.

Item tex.in .l. Sceuola ad Trebellia. & tex.in .l.ex facto,eo. tit.ubi una ſpecies facta,cum non poſſit directe operari, operatur oblique,& ſic per æquipollens.

Et in ſumma ubicunque ſpecies facta habens ſua ſubſtantialia quare in ſe ualet, ſi non poteſt proprios effectus producere, producet eos quos poteſt,Et ita poteſt dici ſi non ualet quod ago, ut ago, ualet ut ualere poteſt, licet quo ad ſpeciem dici non poſſit, ualet enim ſpecies facta eo modo quo cauſa effectrix egit, & ſic ualet quod ago, ut ago,quo ad ſpeciem,quantum uero ad illius operationes interdum illa ſpecies non operatur id quod à cauſa efficiente intendebatur,ſed operatur per æquipollens.

Vnd

CCXIII. Declaratio quæ diuersias & quando uitiet stipulationem.

IN.§. siquis simpliciter.l.i.ff.de uerb.oblig. dici tur, si inte gatus quis fuerit pure,& ille sub conditione responderit, obligari eum constat.

Item si ita inrerrogatus, intra calendas quintas, responderit bo idibus æquè non obligatur, & uersa uice si interroga sub conditione, responderit pure, dicendum est, eum non ob gari, subdit deinde Iurecons. si stipulanti mihi decem, & tu ginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in dec é contrario, si me uiginti interrogãte, tu decem respondeas, ob gatio nisi in decem non erit contracta.

Scribentes hanc huiusmodi diuersitatis ratione reddunt, q in primo casu est diuersitas in qualitate, in secundo in quantitate, & illa magis, quã hæc uitiat, si quidem diuersitas in qualitate, diuersitatem circa obligationis substantiam inducit.

Differẽtia addita gene ri cõstituit speciem

Tu uero nostro more nouo modo hanc materiam declarato, & ut dicenda clariora fiant, res exemplis agatur. aiunt philoso phi, si generi addatur differentia. constituitur species, ut puta si animali addatur differentia rationalis, constituitur una species, quæ dicitur ly homo, si addatur alia differentia irrationalis, effi citur alia species, puta equus.

Stipul: pure in diem & sub con ditione sunt spẽs

Ita in proposito, stipulatio est uti genus, cui si addatur hæc differentia pure, cõstituitur una species, quæ stipulatio pura nun cupatur, & si eidem addatur hæc differentia in diem, fit alia spe cies, quæ stipulatio in diem appellant, si hæc differentia, sub con ditione eidem adiiciatur, constituitur tertia stipulationis species, quæ stipulatio sub conditione nuncupatur, quod autem ita sit manifeste ostendit Imperator in, §. omnis stipulatio, Insti. de uerb. oblig.

Rursus, quemadmodum sub hac specie ly homo, continentur sua indiuidua, puta Titius, Seius, & Sempronius, ita sub una quaq; stipulationis specie, potestate quadam, continentur pro pria indiuidua, nam sub specie stipulationis in diẽ, hæc sunt in diuidua promittis nonis? ꝓmittis idibus? promittis calendis? sub specie uero stipulationis sub conditione, hæc continentur indiuidua, promittis si nauis ex Asia uenerit. promiitis si Impe

rator uenerit in Ital iam, & huiusmodi, illa species stipulationis pure, unum tantum habet indiuiduum, ut puta promittis pure, quemadmodum species phœnicis, in uno uerificatur indiuiduo quod ē ipsa phœnix.

	genus.	
	Stipulatio.	
species	species	species
Pura	In diem	Sub conditione.
indiuiduum	indiuiduum	indiuiduum
Promittis decem.	Promittis nonis idibus.	Promittis sinauis uenerit in Italiam, & huiusmodi.

Rursus quemadmodum si ego stipuler a te hominem, tu promittas mihi equum, sine controuersia stipulatio uitiatur, nam ego de una specie consentio, tu uero de altera: ita si ego interrogo sub conditione, tu quidem respondeas in diem, non ualet stipulatio, quia ego uolo unam stipulationis speciem efficere, tu uero alteram: Idem dicendum est, si ego pure interrogo, tu sub conditione respondeas, & è contrario dissentimus .n. in specie.

Rursus si ego dicam promittis Stichum, & tu promittas Seium, stipulatio proculdubio est inutilis, ego enim unum uellem indiuiduum, tu autem alterum promittis, quamobrē in idem nō consentimus, ita si dicam promittis decem idibus Maij, tu dicas promitto nonis, æque uitiatur stipulatio, eo quod ego uolo contrahere unum indiuiduum stipulationis in decem, tu uero uis alterum. Item si dixero promittis decem, si Imperator uenerit in Italiam, tu respondeas promitto, si Pontifex ibit Bononiam, nulla contrahitur stipulatio, cum ego de uno, tu de altero stipulationis indiuiduo consentias. Si rogo unā speciem tu promittas alteram sti pul non ualet

Ratio quamobrem huiusmodi stipulationes uitientur, ea est, nam pactum est duorum pluriumue in idem consensus. l. i. ff. de pac. quod pactum uti genus inest stipulationi, quemadmodum animal inest homini, ut philosophi aiunt, & quemadmodum uerum est, si quispiam dixerit, hoc non est animal, ergo non est, nec homo nec equus, nec alia animalis species, ita uerum est, si dicatur, hic non est duorum in idem consensus, quod est pactum, nō est igitur stipulatio, nec alia pacti species, á quo enim remouetur genus, & quælibet eius species remouetur, ut not. in. l. si quid ea rum. §. inter emptum ff. de leg. iij. quando igitur interrogo purè, tu sub conditione respondeas, plusquam manifestum est me in unam, tu in alteram speciem consentire, non est igitur duorum in idem consensus, & ideo stipulatio non ualet, & è contrario, A quo res mouetur pactum uti genus remouetur & stipulatio

si ego sub conditione, tu purè, æquè eadem ratione stipulatio uitiatur.

Idem dicendum est, si ego sub una conditione interrogo, puta promittis si nauis ex Asia uenerit, & tu promittas si Imperator uenerit in Italiam, ea ratione non ualet, quia ego in unum stipulationis indiuiduum sub conditione, tu in alterum consentis, non est igitur hic duorum in idem consensus, ergo nec pactum & ideo stipulatio uitiatur, cum ab ea remoueatur genus, ut dictum est.

Quando duorum cõses' nõ concurrit ĩ idẽ non ualet stipulatio

Hoc ipsum est quod dicit Vlpianus in.d.§.si quis, dum reddit rationem, quamobrem huiusmodi stipulationes uitiantur, eius uerba hæc sunt, non enim, sic respondit, uti interrogatus est, quod perinde est, ac si diceret, non consentiunt in idem.

Solet dubitari, si ego stipuler decem, tu uiginti spondeas an ualeat huiusmodi stipulatio, Vlpianus in.l.i.§.si stipulanti.ff.de uerb.oblig.ait, in decem contractam esse obligationẽ, è contrario, si uiginti interrogem, tu decem promittas, obligatio, ut ipse ait, dumtaxat in decem erit contracta.

Sed huic Vlpiani sententiæ occurrit Imperator in.§.preteres, Insti.de inutil. stipul. ubi in hæc uerba ait, si quis decem aureos à te dari stipuletur, tu quinq; promittas, inutilis est stipulatio, si inutilis, ergo nec in quinque ualet, Quid dicendum, aduersatur ne Imperator Vlpiano, nimis absurdum esset dicere, Vlpianum ab Imperatore correctum, solet enim Imperator referre, id quod correctione dignũ existimat.

Numer' ẽ unitatum collectio

Vt igitur alter alteri concordet, dicẽdũ est, numerũ esse unitatum collectionem, numerus enim denarius, ex decem unitatibus constat, et partes numeri, ut puta binarius, trinarius, quinarius, differunt specie, ut inquit Aristo.in octauo Metaph. adeò, ut si uni numero, addatur unitas, uel minuatur, nõ est amplius illa eadem species, ueluti si binario. addatur unitas, fit trinarius, & est altera species, quinq; igitur & decem, sunt quodam modo, duæ species, & quodam modo non, si enim ex una parte ponantur quinque, ex altera uerò decem, erunt duæ species separatæ, illa enim quinq; separata, in illis decem non insunt, quamobrem si dicerem promittis mihi hæc uiginti, tu respondeas promitto hęc quinq; separata ab illis uiginti, stipulatio utiq; uitiaretur, ego.n. interrogo unam speciem, tu uerò alteram spondes, quod perinde est, ac si mihi stipulanti equum tu promitteres asinum. At si simpliciter dicerem promittis decem, non adiecto articulo, hæc,

uel ista,uel illud,& tu simpliciter respondeas promitto quinque, nullo articulo adiecto,contracta est ex Vlpiani sententia stipulatio in quinque,addit Vlpianus rationem,inquiens,manifestum est in uiginti,& decem inesse.

Pro cuius confirmatione sciendum est, consensum esse quid indiuiduum,quemadmodum est uisio, nam si uideo decem homines,tota uisio est in decem, & tota in uno quoque item si uideo hominem,tota uisio est in toto,& tota,in qualibet parte,eodem modo,si consentio in decem,totus meus consensus est in decem totusque in qualibet unitate , uel si consentio in decem homines , totus consensus est in decem,totusque in unoquoque homine, nihil enim refert,siue loquamur de numero,siue de numeratis, est enim numerus numerans & numerus numeratus. Cõsens' est quid indiui duum sicut & uisio

Nunc in proposito,si dicam promittis mihi decem , tu dicas promitto quinque,totus consensus meus,est in decem,& in qualibet eius unitate,eodem modo consensus tuus,totus est in quinque totusque in unaquaque unitate, reperitur ergo & meus & tuus consensus conformis in quinque.est igitur in illis quinque pactum, inter nos contractum,pactum enim nil aliud est, quàm duorum in idem consensus,si est pactum,per consequens erit stipulatio , cũ præcesserit interrogatio,& secuta sit responsio inter præsentes,et in continenti.l.i.ff. de uerb.oblig. & insti.eo.tit.in prin.l.iuris gentium.§.quod fere.ff.de pac. Meritò igitur Vlpianus ait , stipulationẽ ualere in quinque,& è contrario, si stipulor quinque , tu respondeas decẽ,eadem ratione,stipulatio in quinque dicetur contracta,cum in quinque reperiatur , & interrogãtis et promittentis uniformis consensus. Rõ quare si stipulor decem & tu promittis quinque ualet stipul.

CCXIIII. Declaratio .§. præterea . Inst. de inutil.stipul.

NVnc uidendũ est an dictæ declarationi , obest tex.in.d.§. præterea Insti.de inut.stipul.ibi enim dicitur , stipulatio inutilis,non quo ad quinque , in quibus uterque consentit , sed quo ad alia quinque in quibus non reperitur utriusque consensus,nam promissor non consentit nisi in quinque, quæ in illis decem inerant.

Sed scribentes dicunt,non posse illum §.ita intelligi,pro quo hoc modo ducunt argumentũ, una determinatio plura respiciẽs

determinabilia, debet æque determinare .l. nam hoc iure.ff.de uulg.& pupil, sed in.d.§.pterea, determinabilia, sunt hæc, promittis decem, promitto quinque & è contrario, ecce unum determinabile, item si dicam promittis puré, & tu sub conditione promittas, uel contra, determinatio uero dicuntur illa uerba, inutilis, quæ dictio respiciens utrunque determinabile, debet æque determinare, sed illa stipulatio, promittis purè, promitto sub conditione, est penitus inutilis, ergo, & illa promittis decem, promitto quinque, debet esse penitus inutilis, ut sit uniformis determinatio.

Ars imitatur naturã

Pro responsione, sciendum est, artem imitari naturam Insti.de adop.§.minorem. Quemadmodum enim, si quis prope ignem ponat molle lutum, & ceram, ignis liquefacit penitus ceram, in luto uero superfluum expellit humorem, lutumque indurat, ignis itaque est determinatio. ut aiunt, lutum & ceram, determinabilia, & tamen ignis non pariformiter determinat, sed ut subiecta materia patitur, ars enim, & facultas legumlatrix, secundum subiectam materiam operatur. Arist. v. Ethic. artifex enim facturus anulum ex terra, ligno, ex auro, nõ eodem modo facit, sed ut materia patietur. Ita facultas legumlatrix quæ est quædam ars.l.i. ff.de iusti.& iur. quando agit in plura determinabilia, ea determinat, ut subiecta materia postulat.

Non est igitur mirum, huiusmodi stipulationem promittis pure, promitto sub conditione, uel contra, penitus uitiari, quippe cum nulla parte, reperiatur interrogantis & promittentis uniformis consensus, quæ est materia stipulationis, ut dictum est, At in illa stipulatione, promittis decem, promitto quinque certe in quinque reperitur utriusque partis consensus, in aliis uerò minime, in ea igitur parte, in qua utraque pars consentit, cõtrahitur stipulatio, in altera, in quã non ita consentit nequaquam: secũdum igitur subiectam materiam, qui est cõsensus, uel penitus erit inutilis, uel partim utilis, partimque inutilis.

Quod autem determinatio ut subiecta materia postulat determinet, probatur in.l.ii.ff. de offi. procon. & leg. ubi Iureconsultus ait, apud procunsulem, possunt tam liberi, quàm serui manumitti, liber & seruus sunt determinabilia, uerbum manumittere est determinans, tamen non eodem modo determinat, aliter enim manumittitur seruus, aliter filius, non obest tex.in.l. nam hoc iure. nam ibi si determinatio, æquiformiter nõ determinaret, in uno esset duplex substitutio, in altero una id quod, in congruum ui-

detur,ut ait ibi Iureconsul.

Sed pone à patre institutum esse unum filium in duabus uncijs, alterum uero in decem,deinde ita substitutum esse,si filii,mei hęredes non erunt,substituo Gaium. si uterque filius hæres non erit. substitutio in uno habebit locum in duabus unciis , in altero uero in decem,& sic determinatio non æquiformiter determinaret,quia substitutus non succedit eodem modo uni,sicut & alteri,determinans igitur quo ad substantiam determinat æqualiter specie,tamen differt secundum plus & minus, id quod non facit differre.l.si.ff.de fun.instruc.

Ita in casu nostro illa dictio inutilis, quãtum ad substantiam æque utranque stipulationem determinat. utraque enim est inutilis, differunt tamen per plus & minus , una enim estminus utilis q̃ altera,& si ita intelligas.§.ille nihil obstat.

Quæro si ita a te stipuler , ꝓmittis dare Stichum intra decem dies, & tu respondeas, promitto intra quinque an ualeat stipulatio,affirmo ualere,quemadmodum ualet,si dicam promittis decem,tu dicas promitto quinque ut dictum est supra. Promittis intra decẽ dies promitto intra quinque ualet stipul.

Nam quemadmodum in decem aureis insunt quinque , ita in decem diebus insunt & quinque,& quemadmodum is qui stipulatur decem consentit dari sibi & unum , & tres & quinque , ita qui stipulatur dari sibi intra decem dies , consentit dari sibi intra duos, tres & quinque, & multo fortius , concurrit enim intra in quinque dies , consensus tam interrogantis quam promittentis.

CCXV. Declaratio .§. si quis .l.i . ff. de uerb.oblig.& illorum uerborum intra calendas quintas.

SED huic conclusioni uidetur obstare tex.in .l. i.§. si quis.ff. de uerb.oblig. ubi hæc sunt uerba . si ita interrogatus intra calendas quintas,responderit dabo idibus,non obligatur,& tamen respondit in minori tempore,sicut in casu superiori.

Vt hæc Iureconsulti uerba intelligantur,quæ aliquãtulum obscura uidentur. sciendum est , cum dicitur intra calendas , non alium accipi diem debere quam ipsas calendas , nam tres istæ uoces,intra,citra, ultra,quibus certi locorum fines demonstrantur singularibus apud ueteres syllabis appellabantur , uidelicet Intra calẽdas quid significet

in cis & uls, hæ deinde particulæ, quoniam paruo, exiguoq; sonitu obscurius promebantur, adiecta est tribus omnibus eadem syllaba tra, & quod dicebatur cis Tyberim & uls Tyberim, dici cœptum est, citra Tyberim & ultra Tyberim, item quod erat in, accedente eadem tra syllaba, intra factum est, & qui dicit intra oppidum, intra cubiculum, intra ferias, non dicit aliud quam in oppido, in cubiculo, in ferijs.

Intra calē das idem est quod in calendis

Intra calendas igitur, non ante calendas, sed in calendis, id est eo ipso die quo calendæ sunt significat, qui igitur promittit dare intra calendas Maij, promittit dare in ipso primo die Maij hæc Gellius libro decimo secundo capitulo decimo tertio. Confirmat hoc idem Iureconsultus in.l. si ita stipulatus .ff. de uer. obli. & ibi not. Aret. Ias. in.l. qui āte calēdas eo. tit. hoc approbat.

His præmissis sciendum est, posse quempiam interrogare sibi dari primis, secundis uel tertijs, uel quintis, uel quibuslibet alijs calendis .l. eum qui calendis. ff. de uerb. obliga. & qui interrogat sibi dari quintis calendis, perinde est ac si interrogaret primo die quinti mensis, calendæ enim primum cuiusq; mensis diem significant.

Rō si dico promittis quintis calendis fure spondeas idibus non ualet stipul

Finge itaq; nos esse in die Aprilis, & ego ita stipuler abs te promittis dare mihi Stichum intra quintas calendas, si bene computetur erit perinde ac si diceretur, promittis dare calendis Septembris, à tertio enim die Aprilis calendæ Septembris sunt quintæ, cum itaq; idem sit intra calendas, quod in calendis, si stipulor intra quintas calendas, nil aliud dico quam in quintis calendis, ergo si existens in tertio die Aprilis, & stipulor intra quintas calendas & quintę calendæ ab eo die sunt calendæ Septembris, sequitur ut stipuler in calendis Septembris, hoc est ipso primo die calendarum Septembris,

Si tu igitur respondeas, promitto idibus, censeris promisisse quintis idibus, unusquisq; enim uti interrogatus est respōdere intelligitur. §. præterea. Inst. de inutil. stipul. A tertio igitur die Aprilis in quo facta est stipulatio, idus quintæ sunt idus Augusti, quæ sunt decimotertio die Augusti, ergo cum dico promittis intra quintas calendas, nil aliud dico quam promittis primo die Septembris, & tu respondeas ptomitto idibus, est perinde ac si dixisses, promitto decimo tertio die Augusti, eo enim die sunt idus hanc ob causam non contrahitur stipulatio, nec obligatio, quia consensus interrogantis est diuersus a consensu respondentis, & in nihil concurrunt.

At

At quando dico promittis intra decem dies, & tu respondeas intra quinque ualet stipulatio intra quinque, consensus enim utriusque partis in idem concurrit, hoc est intra quinque dies, ut supra dictum est.

R5. si duo promittis intra quinque dies tu respondeas itra decem quare non ualet.

E contrario si stipuler mihi dari intra quinque dies, tu promittas intra decem dies, stipulatio uitiatur, non enim consensus stipulantis & promittentis in idem concurrit, nam interrogans determinate uult sibi dari intra quinque dies, & eius consensus ulterius non progreditur, respondens uero non uult posse cogi, intra quinque dies, quare non est conformis utriusque consensus, sine quo stipulatio non ualet, remoto enim consensu, remouetur pactum & consequenter stipulatio.

At quando dico promittis quinque aureos, & tu promittas decem, consentis etiam in quinque, qui enim libentissime promittit decem, multo libentius etiam promittit quinque, & ideo consentit etiam in quinque, hanc igit ob causã stipulatio ualet in quinque in quibus utriusque consensus conformis reperitur, catenus enim ualet stipulatio, quatenus consensus concurrit.

Sed quid si essemus in uigesimo die Aprilis, & interrogarem, promittis dare intra quintas calendas, quod perinde est ac si dicerem promittis dare primo die Septembris, ut supra dictum est, tu autem respondeas idibus, si intelligas de proximis. ut in.l.eum qui.ff.de uerb.oblig. & esset perinde ac si promitteres decimo quinto die Maij. & sic responsio esset in breuiori tempore, & tamẽ non ualet, quia decimos dies Maij, non cõtinetur primo die Septembris. idcirco consensus est penitus difformis, secus est in summa, minor enim summa maiori inest, & in minori utraque pars consentit ut diximus.

Sed cum respondes, promitto idibus, si uolumus intelligere idibus quintis, ut respondeas uti interrogatus es perinde esset ac si decimo tertio die Septembris promisisset. & ita responsio esset in longius tempus dilata primus enim dies Septembris in decimo quinto non continetur nec respondens consentit, dare primo die Septembris, nec interrogans consentit, sibi dari decimo quinto die, quamobrem stipulatio uitiatur, ut declaratũ est, secus in summa, si enim stipulor mihi dari quinque aureos, tu decem respondeas, stipulatio in quinque contrahitur.l.i.§. e contrario.ff.de uerb.oblig.ratio est, quia in decem, & quinque insunt, ut ibi in d.§.qui igitur consentit in decem, multo libentius, & in quinque reperitur igitur, utriusque consensus in quinque, non est

igitur mirum si stipulatio ualet.

Summa igitur hæc sit, quatenus consensus, & interrogantis & promittentis in idem concurrit eatenus ualet stipulatio, & ubi in nihil concurrit, in nihilo ualet.

Nota hac stipulatione, intra quintas calendas, non contin nisi unum diem, hæc enim appellatio calendæ calendarum, p mum cuiusque mensis diem significat, sed hæc stipulatio prom tis intra quinque dies, continet plures, hoc est quinque dies, in p ri casu non potest solui nisi in ipso die calendarum, in secun potest quolibet die solui.

CCXVI. Declaratio .§. si parens .l.i.ff.si à parente quis manumissus fuerit.

QVæsitum fuit à me, quam ob causam pater qui pecuniam à filio accepit, ut eum emãciparet, à bonorum possessione contra tabulas excludatur. Respondi, hoc ipsum, ideo fie ri, quia ratio, quamobrem, æquissimus prætor, patri, qui à filio e mancipato præteritus erat, concesserat, ut ad bonorum possessio nem cõtra tabulas admitteretur, accepta pecunia omnino cessat.

Ratio autem erat, quòd filius à parente emancipatus, gratui tum bonorum sibi quærendorum beneficium accepit, si enim fi lius familias esset, quodcunque sibi acquireret, eius emolumentum patri sine dubio acquireret .§. igit. Insti. per quas pers. nob. acqu. l. i. ff. si quis à paren. fue. manu. in principio. Emancipatus uero, non patri, sed sibi acquirit, Hanc igitur ob causam, in recompen sationem talis beneficii, prætor, parenti, qui filium emancipauit, meritò concessit, ut si ab eo prætereatur, habeat bonorum posses sionem contra tabulas. d. l. in principio, & hoc prætori æquissi mum uisum est, si igitur pater ob emancipationem, pecuniam à filio accepit, certè beneficium à patre acceptum, iam remuneratũ est, nec potest dici gratuitum beneficium à patre in filium colla tum, non est enim beneficium, nisi gratis conferatur: Id circo si filius, qui data pecunia emancipatus est, patrẽ prætereat, appella ri ingratus minime potest, quamobrem, cessat illa Prætoris æqui tas, non est enim æquum, ut pater, & pecuniam accipiat, & ad bonorum possessionem contra tabulas admittatur, si igitur pecu nia accepta, æquitas illa cessat sequitur ut desinat esse iustum, nil aliud est iustum, quàm quoddam æquum, seu alteri adæquatum

pro seruitio enim seu re aliqua accepta, æqua secundum propor tionem, retributio facienda est, alioqui esset quid iniustum, hæc colliges ex Arist. v. Ethic. Seruitio accepto faciẽda est equa retributio

Aequissimum itaque Prætori uisum fuit, ut emancipationis beneficiũ à patre in filiũ collatũ, altero repẽderet beneficio, hoc est ut ipse pater à filio emancipato saltem in legitima institueretur. id quod si non fiat prætor ipsum patrem ad bonorum possessionem contra tabulas admittit, hoc ipsum est, quod prætor in. d. l. .i. in principio appellat æquissimum. Quando igitur pater á filio pecuniam accipit, ut eum emancipet, iam emancipationis beneficium accepta pecunia remuneratum est, sunt igitur pares. At si pater & pecuniam & bonorum possessionem contra tabulas nisi institueretur, haberet, hoc neque æquum neque iustum dici posset. Nam ex parte patris emancipatio dumtaxat, ex parte uero filii, & pecuniæ datio, & institutio existeret, uel bon. possess. contra tabul. id quod minime esset iustum, esset enim plus ex una parte, quam ex altera, & per consequens non esset æquum, ut in v. Ethic.

Hanc ob causam tex. in. d. §. si parens ait. si pater pecuniam accipit, ut filium emancipet, & uelit ad bonorum possessionem contra tabulas uenire, exceptione doli repellitur. hæc ille. ratio est, quia emancipationis beneficium ipsa pecunia compensatum censetur, tanti enim uidetur á patre æstimatum esse damnum, quod ex ipsa emancipatione consequitur, quanti est illa pecunia, quam a filio ob emancipationem accepit, cessat itaque prætoris ratio in. d. l. i. ergo & eius dispositio cessare debet. l. adigere. §. quamuis. ff. de iur. patro.

Et ex his perspicuum est patrem in. d. §. si parens, non eo amittere bonorum possessionem contra tabulas, quod fecerit pactum de non succedendo, cum quo esset admixtum delictum: ut tenet Bar. in. l. fi. C. de pact. in ij. col. uers. secundo quæro. Non enim accipere pecuniam a filio emancipando est delictum. l. utrum. ff. de uer. oblig. & est communis Doctorum opinio, sed eo amittit quod pecunia a filio accepta iam remuneratum est emancipationis beneficium, & sic cessat æquitas, qua motus erat prætor ad dandam bonorum possessionem contra tabulas, ut ex supra dictis satis patere potest.

D. VACONII A VACVNA, IVRIS CIVILIS DECLARATIONVM.

LIBER SEXTVS.

CCXVII. Iuriſdictionum materiæ declaratio.

EXTANT duo tituli in .ff. uet. Vnus ita ſonat, de officio eius cui mandata eſt iuriſdictio. Alter de iuriſdictione omnium iudicum, ſub quibus iurisdictionum materia tractatur, quæ primo aſpectu diffici lis prorſus uidetur, Ego conabor quoad potero, ita eam explicare, ut facilius uni cuiq; appareat, & ut hoc fiat.

Iurisdictio unde dicatur.

Iurisdictio per c. ſcribenda.

Primo quæro, unde dicatur iuriſdictio quidam uolunt iurisdictionem componi ex hac dictione iuris & ditione. Aiunt enim ditionem ſignificare poteſtatem, quaſi iurisditio, interpretetur iuris poteſtas. Hoc autem minime uerum eſt, non enim reperitur ditio in recto, eſt igitur ſcribendum iuriſdictio per c, & non iurisditio absq; litera. c, hæc enim appellatio dictio, nis, ducitur. a dico dicis, & eſt fere idem quod locutio, dicitur itaq; iurisdictio, quaſi iuris locutio, nam dicere proprie ſignificat loquor. Quod autem iurisdictio dicatur a iure, & dico cis, probat tex. in. l. i. ff. de iuriſdict. omn. iud. ibi, ius dicentis. & c.

Iurisdictio quaſi iuris locutio

Ius idem quod iuſtum.

Eſt præterea ſciendum hoc nomen ius idem eſſe quod iuſtum, nam per apocopen remota ſyllaba tum, a iuſto, remanet ius, & ſic ponitur ius pro iuſto, ſicuti dic pro dice, fac pro face, & id quod Iureconſulti appellant ius, ut in tit. de iur. na. gen. & ciui. Philo. in v. Ethic. appellat iuſtum, hoc itaq; ius ſeu iuſtum diuiditur.

Aliud enim est iustum reale, seu emendatiuum: aliud legale. *Iustum reale aliud, aliud legale.*

Emendatiuum iustum est quoddam æquum inter lucrum & damnum, quando igitur una pars est in lucro, altera in damno, tunc est iniustum, quando uero neutra pars est in lucro, neutraque in damno, sed quisque ius suum habet, tunc dicitur esse iustum, exempli causa, si uendo tibi equum centum aureis, & trado, si tu non das mihi pretium tu es in lucro, & ego in damno: quamobrem eo ad iudicem, iudex autem dicens sententiam, cogit te ad dandum mihi pretium, & ita rem ad æqualitatem reducit, emendatque iniustum, & ita dicitur quisque ius suum habere, hoc est iustum suum, & iudex ita loquendo dicit ius seu iustũ & hoc iustum dicitur reale seu emẽdatiuum, quia est quoddam æquum, re ipsa inter plus & minus, & lucrum & damnum.

Ex his liquido constat esse quoddam iustum reale seu emendatiuum, si igitur reperitur iustum reale seu emendatiuum, consequens est, ut reperiatur etiam iurisdictio realis seu emendatiua, quasi locutio iusti realis. hæc ex v. Ethic. facile colliges. *Iurisdictio realis seu emẽdatiuã*

Est & aliud ius seu iustum, quod legale nominatur, nam quemadmodum is qui exorbitat a lege, eamque trãsgreditur, dicitur iniustus ita & exorbitatio ipsaque transgressio dicitur iniustum quoddam, is uero qui obtemperat legi, & ea quæ sunt a lege diffinita facit, dicitur iustus, & obtemperare legi, ipsumque facere legitime dicitur iustum, ea enim quæ a facultate ferendarum legum sunt diffinita & constituta, legitima sunt, & horum unumquodque iustum appellatur. quamobrem cum iudex dicit: diffinita a lege esse seruanda, dicit iustum quoddam legale, & hinc dicitur iurisdictio legalis, quasi locutio iusti legalis.

Est itaque duplex iurisdictio, una realis, altera legalis. hæc etiã colligi possunt ex v. Ethi.

Est præterea sciendum hanc appellationem potestatem duci ab hoc uerbo possum potes, eamque esse duplicem, unam naturalem, alteram uero politicam seu ciuilem. *Potestas unde*

Naturalis potestas ea est, quam quis habet a natura, utputa habet quis potestatem a natura ambulandi, loquendi, aliaque eiusmodi faciendi.

Item pater quandam naturalem potestatem in liberos obtinet de qua dictum est supra in declaratione patriæ potestatis.

Item dominus natura habet quandam potestatem in seruos, quæ appellatur herilis & mas natura ipsa habet quandam potestatem in fœminam, & alia eiusmodi. ut in. i. Polit. *potestas herilis*

Potestas politica duplex superior & inferior

Altera est potestas politica seu ciuilis cuius duæ sunt spe quædam .n. est summa seu suprema: quædam inferior. Potestas summa politica ea est, qua nulla est superior, & omnem politicam potestatem, omne politicum imperium, omnemque iurisdictionem continet, continet inquam potentia, testque in actum deducere.

Continet præterea legum ferendarum facultatem, iudicisc di licentiam, magistratusque creandi. l. fi. C. de legi. in fi. l. ij. de. gin. iur. continet item facultatem, omnia alia faciendi, quæ rempublicam seruandam necessaria utiliaque sunt, ut puta pr re beneficium, impetrandi ueniam ætatis. C. de his qui ueni. impet. præstare authoritatem arrogationi. l. ij. ff. de arrog. pr stare authoritatem legitimationi. Aut. quib. mod. nat. effi. sui. illud &. §. penult. & alia huiusmodi, & hæc potestas est pene id quod habet ciuitatis gubernationem seu regimen.

Potestas summa penes quem est

Si igitur unus ciuitatem gubernat ad utilitatem communem respiciens, is est Rex, seu Imperator, apud hunc erit illa summa omnium potestas, & dicetur regia seu Imperialis potestas, hæc autem potestas in initio Romæ ciuitatis fuit apud reges, Romulus enim Numa Pompilius, Tullius Hostilius & alii fuerunt, qui ad publicam utilitatem gubernabant. Quando uero unus ad propriam utilitatem gubernat, dicitur Tyrannus, & si penes hunc est illa summa potestas appellabitur tyrannica.

Tyrannica potestasque

Si uero plures boni non tamen tota multitudo ad communé utilitatem gubernant, si penes hos est ea potestas diciturque gubernatio seu potestas optimatum.

At si ad propriam utilitatem hi gubernant, illa potestas paucorum potentia merito nuncupatur. Tales fuerunt illi decem uiri in urbe Roma, qui exactis regibus aliquandiu ad publicam utilitatem gubernarunt: tales etiam fuerunt Consules & Senatores.

Potestas publica quæ

Cum uero multitudo ad communem regit utilitatem, ea gubernatio communi nomine uocatur res publica, illaque potestas appellatur publica, & tunc multitudo est domina omnium, hæc supra scripta ex iij. Polit. colliguntur.

Est itaque ut dictum est, summa quædam politica potestas, qua is penes quem ea est, omnia potest ad rem publicam necessaria, atque utilia afficere. Hæc autem potestas dicitur præses & architectonica, is autem penes quem ea est, architectonicus præses dicitur, hic enim non agit, sed regulas hoc est leges dat quomodo

regenda tractandaque sit respublica: Qui uero agunt administratores rectoresque ciuitatum appellantur, sunt enim quasi manuales artifices, qui architectonico illi inseruiunt, hæc ex Aristo. in v. Ethic. et ibi not.

Rectores seu administratores ciuitatum sunt quasi manuales artifices

Illa inferior politica potestas, ab illa summa descendens quæ, & iurisdictio dici potest, est uti genus, quæ ita diffiniri potest.

CCXVIII. Declaratio iurisdictionis realis.

IVrisdictio, est publica potestas, per quam, quis operatur in iusto dicẽdo, ut ciuitas bene, quieteque uiuat, bene eteñ quieteque uiuere est finis omnium iurisdictionum, ut in. iij. pol. & l. congruit. ff de offi. præsid. huius autem duæ sunt species: una realis, altera legalis.

Iurisdictionis diffinitio

Realis iurisdictio est, per quam quis operatur in iusto reali, seu emendatiuo, de quo supra dictum est, hæc enim curã habet, ne una pars sit in damno, altera in lucro, uel ne quis iniuste damnum passurus sit. Iudex enim penes quẽ est eiusmodi realis iurisdictio, uidens unam partem esse in lucro, alteram in damno, dicendo ius, hoc est loquendo inter partes, id quod iustum est, rem ad æqualitatem redigit, facitque, ut quisque ius suum, hoc est iustum suum, habeat. v. Ethic.

Iurisdict. realis

Hæc itaque iurisdictio in omnibus actibus locũ habet, in quibus una pars est, uel potest esse in dãno, ut puta in omnibus contractibus nominatis, innominatisque & in ultimis uoluntatibus, atque in maleficio, uel quasi, quando actione agitur, ut in iniuria, cum agitur ciuiliter. §. in summa. Insti. de iniur. & in furto etiam uersatur ubi, iudex dicendo iustum, condemnat te ad rem meã mihi restituendam. Nam si tu furaris rem meam, ego sum in damno, tu quidem in lucro, & si occidis aliquod pecus meum, uel aliquas arbores meas incidis, ego sum in dãno, & tu aliquo modo diceris esse in lucro, ut not. in. v. Ethic. Quamobrem, iudex dicẽdo ius reducit rem ad æqualitatem, hoc est, condemnat te ad illarum rerum æstimationem mihi dandam. tot. tit. ff. ad. l. aquil. & sic in cæteris maleficijs, uel quasi quando ciuiliter agitur, & dicitur iurisdictio mera, hoc est non admixta, est enim species per se, & quia, rem ad æqualitatem redigit, ideo dicta est iurisdictio realis seu emendatiua, hæc ita diffiniri potest.

Iurisdictio realis, seu emendatiua, est publica potestas, per

quam, quis operatur in iusto reali, seu emendatiuo, præposita actione, ne una pars sit in dãno, altera in lucro, & ne quis damni iniustè patiatur.

Hanc diffinitionem bonam esse arbitror, constat enim ex genere ex differentijs, & cum suo conuertitur diffinito, Hæc autem iurisdictio realis fuit ex iure gentium, antequam esset ius ciuile, sicut iure gentium, erant obligationes & actiones, ut supra demonstratum est, in declaratione actionum, deinde à iure ciuili probatæ, appellantur ciuiles, ut in. §. omnium. Insti. de oblig. & hæc iuris gentium iurisdictio à iure ciuili approbata, dicitur etiam ciuilis.

Iurisdictio realis iure gẽtium introducta

CCXIX. Declaratio iurisdictionis legalis.

Iurisdictio legalis in quibus locum habeat

ILla species, quæ dicitur iurisdictio legalis, uersatur in iusto legali, de quo supra dictum est, et habet locum ubicunque lex aliquid fieri iubet, uel non fieri uetat, & iudex dicit illud fieri, uel non fieri, et quia illud quod lex fieri, uel non fieri iubet, est iustum, ut in. v. Ethic. meritò id quod a iudice in illis casibus terminatur iustum legale dici potest, si igitur iudex in his, iustum legale dicit, consequens est, ut iurisdictio reperiatur, etiam legalis, lex enim de omnibus dictat, nam legumlatoris uoluntas est efficere bonos ciues, etiam metu pœnæ, ut in. i. Ethic & l. i. ff de iusti. & iur. & profectò in omni uita legibus est opus. Multitudo enim potius pœnæ, quàm rationi, & honestati paret, ut in. x. Ethic. præcipit enim lex ea agere, quæ ad uirum fortẽ pertinent, ut puta non deserere locum, non fugere, & si id fiat pœnam imponit, ut in tit. de re. mili. ff præcipit etiam ea, quæ sunt temperantis, ueluti non committere adulterium, incestum, stuprum, & eiusmodi, & si id fiat, iubet facientem pœna affici. ut in tit. ad l. iul. ff. de adul. & C. præcipit item hominẽ gladio, uel ueneno iniuste non occidi, id quod si fiat, pœnam in facientem irrogat tot. tit. ad. l. cor. de sic. & uenef. C. & . ff. uetat etiam nõ committi falsum, & si committatur, pœnam committẽtem punit. de qua. ff. ad. l cornel. de fal. Et in cæteris itidem facit, alia iubens, alia uetans, & omnia quæ lex iubet, aut uetat, dicuntur iusta.

Multitudo pot⁹ pœnæ quã rationi paret

Omnia igitur quæ sunt a lege diffinita, legitima, & iusta sunt, & iudex qui punit facientes ea, quæ lex fieri uetat, & non facientes quæ

facientes quæ fieri iubet. dicendo id faciendum esse, dicit ius seu iustum legale, & consequenter ipsum dicere, ius legale appellat iurisdictio legalis.

Hæc species quæ dicitur iurisdictio legalis, diuiditur in quatuor species.

Iurisdictio legalis diuiditur in quatuor species

Prima dicitur facultas legisferendæ.

Secunda licentia iudicis dandi.

Tertia imperium inferius.

Quarta est potestas dandi tutores, quæ ei soli competit, cui nominatim uel lex, uel senatusconsultum, uel princeps concessit l. muto .§. tutoris datio. ff. de tutel.

Hæ autem quatuor species ab illa summa potestate, de qua dictum est, descendunt, nam licet is penes quem est illa summa potestas per se principaliter possit facere leges, seu constitutiones, puta populus, seu princeps, ut in. §. lex: & in. §. sed & quod principi. Inst. de iur. na. gen. & ciui. potest tamen id alteri impartiri, & efficiet una species iurisdictionis legalis, quæ potest dici potestas legis dicendæ, hoc est legis constituendæ: nam lex rectè posita legitima est, & quod in ea continetur, iustum dicitur v. Ethic.

Potestas cōdēdæ l. est species iurisdictionis per se non meri imperii gradus

Qui ergo dicit, hoc est constituit legem, dicit iustum legale, & illa potestas quæ potest legem dicere, iurisdictio, hoc est legalis iusti locutio appellatur.

Hæc autem potestas legisfaciendæ, concessa est a summa illa potestate senatui ut. l non ambigitur. ff. de legi. concessa etiam est præfecto prætorio, ut. l. formam. C. de offi. præf. præto. Et est una species iurisdictionis per se: non enim est gradus imperij meri, ut tenet Bar. in. l. imperium. ff. de iurisdict. omn. iud. & quia specialiter tributa est a lege non potest delegari.

Item licet dare iudices, creare magistratus, tabellionesque proprium sit illius summæ potestatis, tamen ab illa conceditur etiam inferiori, nam & alii possunt dare iudicem, ut. l. cum prætor. ff de iudi. & l. more maiorum. ff. de iurisdict. om. iud.

Est igitur licentia iudicis dandi species iurisdictionis legalis per se quæ diffiniri ita potest.

Licentia iudicis dandi est potestas seu iurisdictio legalis a superiori potestate concessa ad iudicem dandum, concessa inquam expresse, hoc est lege uel tacite, hoc est consuetudine, ut d. l. cum prætor.

Imperium inferius, quæ tertia species legalis iurisdictionis

nominatur, uti genus ſubalternum ita diffiniri poteſt.

Imperium inferius eſt iurisdictio legalis per quam iudex im perando, uel iubendo, uel uetando ſine actione operatur.

Imperium inferius ut genus ſubalternum diuiditur in tres ſpecies

Hoc autem imperium ſubdiuiditur, nam quoddam eſt merum quoddam mixtum, & quoddam iuriſdictioni reali ſeu emendatiuæ deſeruiens, hoc autem ultimum imperium uti ſpecies, dicitur modica coertio, ut. l. fi. ff. de off. eius.

CCXX Declaratio modicæ coertionis.

Modica coertio e ſpecies ſ inferioris imperii

MODICA coertio ita diffiniri poteſt. Modica coertio eſt imperium per quod quis operatur in coercendo modiceq; caſtigando eos, qui nolunt iudici obtemperare, ut obedientes efficiantur. Quæ caſtigatio non fit ad uindictam neq; ad pænam, ſed ad faciendos ciues ius dicenti obtemperantes, quemadmodum magiſtro & docenti conceſſa eſt leuis caſtigatio, non puniendi ſed docendi monendiq; cauſa, ut diſcipuli meliores efficiantur. l. ſed & ſi. §. fi. ff. ad. l. aquil.

Et quia hæc caſtigatio non iure actionis ſed imperio iudicis fit, iudex enim iubet, imperatq; inobedientes modice coerceri, caſtigariq;, hinc fit ut hæc ſpecies iurisdictionis dicatur imperium, ut. l. fi. ff. de offi. eius. non tamen eſt merum imperium, ut d. l. fin. nec eſt mixtum, nam mixtum imperium ſtat per ſe, nec alij ſeruit.

Hoc autem imperium quod eſt modica coertio, iuriſdictioni reali ſeu emendatiuæ ſubſeruit, eaq; ſequitur uti ſatelles, eiq; cohæret. d. l. fi. & iudex qui exercet iuriſdictionem realem ſeu emendatiuam, utitur eo imperio, hoc eſt modica coertione, uti inſtrumento, ad exercendum opus realis iurisdictionis, nam ſicuti artifex non poteſt opus ſuum ſine proprio inſtrumento conficere, ars enim ſine proprio inſtrumento quaſi nulla eſt. i. Pol.

Cõparatio

Sartor enim non poteſt conficere calceos ſine proprijs inſtrumentis, ita iudex non poteſt opus ſuæ iurisdictionis conſumare ſine hoc inſtrumento, hoc eſt modica coertione, ſine qua nulla eſt iuriſdictio ſcilicet realis ſeu emendatiua ut. d. l. fi. quæ lex non loquitur de uerbali coertione, ut inquit Bar. in. l. imperium in ſexto gradu meri imperij, ſed de modica coertione reali qua (ut dictum eſt) etiam magiſtratus municipales utuntur ad reddẽdos homines ſibi obtemperantes, alioquin eorum iuriſdictio

nulla esset. ut ait Paul. in .d.l.fi. de iurisdic. om. iud. & de hac modica coertione loquitur tex. in .l. magistratibus .ff. de iurisdict. om. iud.

Quod autem hoc imperium non sit merum probatur in .d.l. fi. quod autem non sit mixtum tenet glos. in.l. i.§.fi.ff. de offic. eius. in uer. cohæret. tex. enim ibi dicit, & imperium quod iurisdictioni cohæret. glos. ibi ait. Quidã dicũt imperiũ, quod cohęret iurisdictioni esse mixtũ. Nos contra ut in.l:fi.eo. tit, uult igitur glos. modicam illam coertionem, de qua paul. in.d.l.fi. non esse imperium mixtum. Si igitur non est merum, ut.d.l. fi. nec mixtum. ut tenet. d' glos. & supra demonstratum est, & tamen est imperium.

Restat ut sit tertia pars imperii per se. & si diceres, ergo Iureconsul. in.l. imperium, imperfecte locutus est, dum diuidit imperium in merum & mixtum solum. dico Iureconsul. ibi loqui de imperio libero: utrunqꝫ enim imperium tam merum quam mixtum est liberum, nulliqꝫ deseruit. omisit ergo imperium quod deseruit, tanquam impropriè imperium. Ita facit Iureconsul. in l.i.ff. si ager uect. pet. ubi facit mentionem directi dominij, & omittit utile, dum ait, qui fundum fruendum conduxerant, quãuis non efficiantur domini, si intelligeretur de domino directo, & utili esset falsum, efficiuntur enim domini utiles, ut ibi patet. ita Iureconsult. in.d.l. imperium, dum ait.

Imperium aut merum aut mixtum non necessario demõstrat non esse aliud imperium, de quo in .d.l. fi. sed diuisit liberum imperium & omisit seruum.

Diffiniatur itaqꝫ modica coertio hoc modo.

Modica coertio est imperium quod deseruit iurisdictioni reali seu emendatiuæ, quo iudex utitur tanquam instrumento ad coercendos, modiceqꝫ castigandos sibi non obtemperantes. Modice coertionis diffinitio.

Hæc aũt coertio seu castigatio non fit ad pęnã sed ad emẽdationẽl.i.§.cum patronus.ff.de offi. præfe. urb Nã liberti contẽnẽtes patronum, interdum castigantur fustibus, non ad pænam, sed ut emendentur. interdum proceditur in pænam. ut ibi patet. facit l. nec quicquam.§.de plano in fi ff. de offi. procon. Nam proconsul potest aut uerbis, aut castigatione libertum non obsequentem emendare.

Ita iudex potest litigantes suo præcepto non obtemperantes modice castigare. ut obtemperantes fiant. & hanc modicam coertionẽ habet legatus proconsulis, maiorem uero animaduersio-

nem non habet, & ita intelligenda est. l. si quid. ff. de offic. pro cons. Et hæc modica coertio seu castigatio differt ab illa castigatione, quæ principis constitutione defensoribus ciuitatum concessa est. §. audient. Aut. de defens. ciuit. illa enim fit ad pœ & maleficij uindictam nec mandari potest, cum sit principis constitutione specialiter ipsis defensoribus tributa, nec mandata iurisdictione transit, l. si quid. ff. de offic. procon. estque species meri imperij.

Modica coertio quo modo differat a mero & mixto imperio

Hæc autem hoc est modica coertio fit ad emendationem, est species imperij per se & differt a mero, quod merum uersatur in animaduersione ad uindictam maleficij, hoc autem in emendatione non obtemperantium locum habet. Differt præterea a mixto imperio, quia mixtum exercetur ne quis damnum iniuste patiatur: Modica uero coertio ad emendationem ut dictum est, tribuit.

Et nota quod modica illa coertio de qua in. d. §. audient, non competit iure magistratus, sed principis constitutione, & ideo mandari non potest per regulam primam, d. l. i. Doc. tenent contrarium & male.

CCXXI. Declaratio meri imperii.

IMPERIVM merum uti species ita appellatur, eo quod ei nulla alia iurisdictionis species sit admixta.

Hæc enim appellatio merus mera merum, idem est quod solus sola solum, unde merula auis dicta est, & merum appellatur uinum, cui aqua non est admixta, & dicitur merum ad differentiam mixti, cui realis iurisdictio inest. d. l. imperium, & inferius dicetur, ut a superiori differat. Huiusmodi autem imperium ita diffiniri potest.

Meri imperii diffinitio

Merum imperium est iurisdictio legalis, per quam iudex operatur in iusto legali, puniendo facinorosos, delinquentesque homines, ne delicta remaneant impunita.

Hæc diffinitio est bona constat enim ex genere & differentiis & conuertitur cum suo diffinito, Iurisdictio enim ponitur loco generis, illa dictio legalis ponitur ad differentiam iurisdictionis realis seu emendatiuæ, illa uerba per quam iudex operatur in iusto legali puniendo, ponuntur ad differentiam meri imperij Tyrannici, quo solent insolentes puniri, illa uerba ne delicta rema-

neant impunita, ponuntur ad differentiam imperij coercetiui, quod punit inobedientes, non autem facinorosos, de quo supra scriptum est: Conuertitur etiam cum suo diffinito, ut liquido constare potest. ergo bona, ut. l. i. §. dolum. ff. de dolo.

Sed si quispiam diceret hanc diffinitionem non esse bonam eò quòd non competit omnibus diffiniti partibus, nam condere leges, est meri imperij, ut tenet Bar. in. l. imperium, in 8. col. in primo gradu meri imperij ff.

Huic obiectioni occurrens dicito condere leges, non esse eiusmodi imperij inferioris, sed spectat ad illam summam potestatem seu summum illud imperium, de quo supra scrptum est, ut in. d. §. lex. &c. d. §. sed quod principi. Inst. de iur. na. gen. & ciuil. Et si quando huiusmodi legum ferendarum facultas ab illa suprema potestate inferioribus conceditur, efficitur species per se & est species iurisdictionis, de qua supra dictum est. Non est igitur uerum, facultatem legis ferendæ esse meri imperij gradum sed est species iurisdictionis legalis per se. Condere leges non ē superioris imperii

Solet quæri quot sunt gradus eiusmodi meri imperij. Bar. in d. l. imperium, dicit esse sex gradus, sed aduertendum est, quod primus gradus, hoc est condere legem, non est meri imperij inferioris, ut dictum est. Meri imperii quot sunt grad⁹

Tu uero dicas tot esse huius imperij gradus, quot sunt pænarum species, cum merum imperium in puniendis facinorosis hominibus uersetur. Quot autem sint pænarum species, cum uacabit numerato, & quot illæ erunt, tot gradus huius imperij esse dicito.

Si quæratur quamobrem huiusmodi pænę irrogantur delinquentibus, responderi solet, quia interest reipublicæ ne delicta remaneant impunita. l. si ita uulneratus. ff. ad. l. Aquil.

Rursus si quæratur quamobrem interest reipublicæ, &c. bene respondeas, præmittito. Ciuitatem esse ciuium multitudinem quandam, respublica uero est eorum, qui in ciuitate degunt, institutio. Et quemadmodum homo componitur ex pluribus partibus, utputa ex pedibus, manibus oculisque &c. Ita ciuitas ueluti unus homo ex pluribus ciuibus componitur. Est enim ciuitas quasi unus homo qui multos habeat pedes, multas manus multos oculos, multasque alias partes, ut dicit philosop. in iij. Polit.

Et quemadmodum qui offendit manum Petri, facit iniuriam Petro, offendit enim partem ipsius Petri, Ita qui offendit unum

ciuem facit iniuriam ciuitati, offendit enim partem ciuitatis; uis enim pars est ciuitatis. ut in iij. Polit. Vnusquisque enim ciuis, particula est ipsius ciuitatis. viij. Polit. Cum igitur ciuitas sit offensa, merito iubet offendentem puniri. hęc ex v. Eth.

Ciuis pars ciuitatis

Hæc est igitur ratio, quamobrem interest reipublicæ, ne delicta remaneant impunita.

CCXXII. Declaratio mixti imperii.

Imperium mixtum quare dicatur

RESTAT ut uideamus de mixto imperio, & primum videatur quamobrem dicatur mixtum. Dicas mixtum imperium appellari, eo quod ei iurisdictio inest. d.l. imperium. sed dices, nonne & mero imperio inest iurisdictio? inest profecto.

Rursus dices quamobrem merum imperium non appellatur mixtum, cum ei etiam iurisdictio insit, responde tu quod mero imperio inest iurisdictio, uti genus, genus enim cuilibet speciei inest. l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de leg. iij. & quando genus inest alicui rei, res illa non dicitur mixta, non enim homo cui inest animal uti genus, dicitur mixtus, sed quando unum quid ex duabus speciebus efficitur, illud appellatur mixtum, uelut si uinum & mel misceantur fit noua species quod dicitur mulsum, & hæc species mixta uocatur. §. quod si partim. Inst. de rer. diuis. Item ex actione personali & reali fit actio mixta. Inst. de action. §. quędam.

Cum igitur hæc species mixti imperij sit composita ex duabus speciebus, uidelicet ex illa specie, quæ dicitur merum imperium, & ex illa, quæ dicitur iurisdictio realis, de qua supra scriptum est, merito imperium mixtum nuncupatur.

Imperii mixti diffinitio

Si quæratur quid est mixtum imperium, ita respondetur. Mixtum imperium est iurisdictio legalis, per quam iudex operatur in iusto reali sine actione, imperando, iubendo, uetandoue, ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniuste patiatur. dixi imperando ut .l. i. in princ. ibi, restituas. ff. quod ui aut clam. & in. l. i. ibi, exhibeas. ff. de lib. ho. exhiben. itidem in. l. i. in princ. de lib. exhib. Dixi iubendo, ut .l. cauere iubere. ff. de iurisdic. om. iud. & .l. dies. §. prætor ait. ibi, denunciari iubeam. ff. de dam. infec. & .l. prætor ait, ibi, satisdare iubeo. ff. eo. & .l. i. ff. de cloa. ibi, cauere iubebo. Dixi uetando. ut l. i. in prin. ibi, uim fieri ueto. ff. de aqua quotid. & æsti. & .l. i.

in prin.ff.de riu.ibi uim fieri ueto, itidem in .l. i. in prin. ibi uim fieri ueto.ff. de itiner. actuq; priu. & in .l.i. in prin. ff. ne quid in flum.pub.& multis alijs legibus & interdictis.

Huiusmodi autem diffinitio (ut arbitror) cuiq; bona uideri potest. Constat enim ex genere & differentijs, illa enim uerba, iurisdictio legalis ponuntur uti genus, illa uerba per quam iudex operatur in iusto reali, ponuntur ad differentiam meri imperij, ubi iudex operatur in iusto legali, illa uerba sine actione, ponuntur ad differentiam iurisdictionis realis, quæ operatur mediante actione, illa uerba, imperando, iubendo, uetandoue, ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniuste patiatur, ponuntur ad differentiam meri imperij, ubi iudex operatur puniendo, ne delicta impunita remaneant, conuertitur etiam cum suo diffinito, ut cuiq; paulo eruditiori liquido constare potest, est igitur bona. ut .l.i.§.dolum.ff.de dolo.

Sed dicet quispiam si hæc species mixta constat ex imperio & iurisdictione in specie, quamobrem non dicitur iurisdictio mixta, sicut & imperium mixtum? responde rem denominandã esse à potentiori, non autem à uiliori, sed imperium est nobilius, cum sit liberum, ut aiunt Doc. & huiusmodi iurisdictio realis est quasi serua, seruit enim actioni præpositæ, merito huiusmodi species mixta magis appellanda est, imperium mixtum, quam iurisdictio mixta Et si cupis scire quid hæc species, quæ dicitur mixtum imperium, á mero imperio, quidue à iurisdictione reali capiat, ex eius diffinitione facile colligi potest, nam hoc, quod est iurisdictio legalis capit ab imperio, quod autem operatur in iusto reali habet à iurisdictione reali, & quod operari potest sine actione Imperando, iubendo. & c. hoc ab imperio mutuatur, & dum dicitur ne una pars sit in damno, altera uero in lucro, hoc a iurisdictione reali accipit.

Imperium mixtum quid a mero quidue a iurisdictione realĩ capiat

Habes igitur quare dicatur mixtum, & quid sit, & quid ab utraq; specie sibi uendicet.

Quærit Bar. quot sunt gradus huiusmodi mixti imperij. & dicit esse sex, sed profecto primus gradus est illius supremæ potestatis, seu imperij (ut supra dictum est) non autem huius mixti imperij, quod inferius appellatur.

Gradus autem huius speciei tot esse dicas, quot sunt causæ, & controuersiæ ciuiles, in quibus iudex non præposita actione operatur, ne quis damnum iniusté patiatur.

Et ut supradictæ iurisdictionis species simul collectæ faci-

lius memoria teneantur, hic summatim seriatimque scribuntur.

CCXXIII. Declaratio specierum iurisdictionis.

IVRISDICTIONVM species hæ sunt.

Suprema potestas: cuius duæ sunt species

Politica potestas. Naturalis potestas.

Herilis. Patern

Summa potestas politica continet omnem potestatem, ordinemque imperium politicum.

Inferior politica potestas

Iurisdictio legalis. Iurisdictio realis.

Iurisdictio legalis. Facultas legis ferendæ.

Licentia iudicis dandi.

Imperium inferius. Merum imperium. Mixtum,

Potestas dandi tutores.

Cōparatio

Vt supradictæ iurisdictionis species cuique pateāt, scito quod in unoquoque opere reperit artifex, & ars per quam ipse artifex operatur, & materia in qua artifex operatur, & instrumentum, quo operatur, nam sine proprio instrumento opus confici minime potest, ut ait philosophus in. i. Polit. debet etiam adesse finis, propter quem artifex operatur, alioquin frustra operaretur, exempli causa, sutor ad hoc ut possit operari, oportet ut artem habeat, quæ est quædam qualitas, per quam ipse sutor operatur, debet etiam adesse materia in qua operatur, & sunt pelles, requiruntur etiam instrumenta, utputa galla, setæ, forma & huiusmodi, adest etiam finis qui est ipse calceus.

Officium in exercenda iurisdictione est uti instrumentum

Ita & in iudicijs adest iudex, ueluti artifex, cui inest iurisdictio ueluti ars, per quam iudex operatur, adest etiam materia, quod est iustum legale, uel reale. in quo iudex operatur, adest præterea instrumentum, quod est ipsius iudicis officium, quo suum opus perficit.

Quemadmodum enim artifex sine arte & proprio instrumento non potest bene suum opus conficere: Ita nec iudex sine iurisdictione, quæ est uti ars, ut dictum est, & sine officio, quod est ueluti instrumentum, opus perficere nequaquam potest, licet ali-

quis

quis sciat iudicare, & dicere ius, tamen si non est in officio, & si sic non habet eiusmodi instrumentum, nec iudicare, nec dicere ius potest. arg. l. fi. ff de iurisdic. om. iud.

Et ex supra scriptis patet, in quo differat, officium à iurisdictione in quo Doctores hæsitant.

Tu uero manifestissime uides, iurisdictionem esse ueluti artē per quam iudex operatur, officium uero esse ueluti instrumentū, quo iudex opus suum efficit, & hoc innuit tex. in. l. i. ff. de offi. asses. Vbi Paulus ait. Omne officium assessorum, quo iuris studiosi partibus suis funguntur &c. Nota illud relatiuum, quo, in septimo casu, in quo solent poni instrumenta, ut scribo penna, incido panem cultro, & sic apparet ibi officium capi, ut instrumentum. Et licet officium capiatur ut instrumentum, ut in supra scriptis, interdum tamen ponitur pro eo quod quis efficere debet uel potest, & hoc modo accipitur in illis titulis de off. pręt. de offic. præfect. uigil. de off. procons. & aliis sequentibus.

Officium capitur pro instrumēto & pro eo quod quis efficere debat

Quomodo autem differat officium iudicis ab actione dixi plene supra in noua declaratione actionum, ibi uideto.

Supradictas autem diffinitiones inuestigaui, propterea quod diffinitiones Bar. minime satisfaciunt, ait enim Bar: in. d. l. imperium. Merum imperium est iurisdictio, quæ officio iudicis nobili expeditur, publicam utilitatem respiciens. Mixtum imperium est iurisdictio quæ officio nobili expeditur, Deinde ait iurisdictio stricte sumpta est iurisdictio, quæ officio iudicis mercennario expeditur seu explicatur, priuatam utilitatem respiciens.

In omnibus suis diffinitionibus Bar. ait iurisdictionem officio iudicis expediri, id quod non dixisset, si huius uerbi expedio significatum animaduertisset. Expedio enim significat. quasi pedum ligamen dissoluo, uel aliquid explico.

Ex quo patet iurisdictionem non expediri, quia iurisdictio, neq; dissoluitur, neq; explicatur, si enim dissolueretur periret, neque explicatur, quando enim fuit implicita? sed lites, controuersiæ, causæ, negotiaq; expediri dicuntur, cum à principio uideantur, quasi tricis quibusdam ligatæ. l. nec quicquam. ff. de offic procons ubi dicitur, nec quicquam est in prouincia, quod non per ipsum expediatur, eadem. l. §. de plano. Vbi hæc sunt uerba, de plano autem proconsul potest expedire hæc, ut obsequium parentibus. & c.

Ex his manifeste constat, iurisdictionem non expediri, siqui-

iurisdictio est potestas per quam lites, causæ, negotiaque expediuntur, ipsa uerò non expeditur.

Quidam hoc sentientes loco uerbi ex peditur, posuerunt uerbum exercetur, & licet possit dici iurisdictionem exerceri, ,ff. de off. procons. tamen nec huiusmodi diffinitio satis mihi cit, siquidem diffinitio est oratio quid esse rei demonstrans essentialia, ut aiunt Dialectici, & Bar. in. l. i. ff. de testamen princ.

Diffinitio quid

At instrumentum cuiusque partis non est de essentia, & in diffinitione artis n ō ponitur instrumentum.

Ars quid

Ars enim est habitus recta cum ratione faciendi .v. Ethic.

Officium uero ut supradictum est, & infra dicetur, capitur iudicis instrumentum, non est igitur ponendum in diffinitio cum non sit de essentia diffiniti.

Præterea negotia proprie dicuntur expediri .l. nec quicquam §. ubi decretum .ff. de off. procons. & diffinitio debet sumi ex proprijs uerbis, hanc igitur ob causam non libenter Bar. aliorumque diffinitionibus assentior.

Tu uero si nostræ non placent, Bartoli diffinitiones defendito. Et dum Bar. dicit, iurisdictionem officio expediri, officium poni loco instrumenti, cum in septimo casu à Bar. proferatur, & si hoc sentit, ei libentissime assentior, nam & ego teneo officium in iurisdictionibus capi pro instrumento, sed in hoc dissentio à Bar. ipse enim ponit duplex officium, nobile & mercennarium. Ego autem id dicere non ausim.

CCXXIIII. Declaratio, quod officium si capitur uti instrumentum, nec nobile, nec merce nnarium dici potest.

EGO quidem si officium hic capitur pro instrumento, ut capi debet, illud nec nobile, nec mercennarium quidem nominarem. Quo nam igitur modo officium, seu instrumentum potest nobile appellari. Nobilitas enim est uirtus, & antiquæ diuitiæ, item nobilitas est uirtus generis. ut Arist. iiij. Pol. nec officium seu instrumentum mercennarium dici potest. Mercennarius enim est, qui mercedis gratia operam præstat, sed nec officium, nec instrumentum præstat operam mercedis gratia, sed ipse actu

sex. At iudex non mercedis sed iusti gratia operatur, non potest igitur nec iudex nec officium ut est instrumentum dici mercenarium. Et licet dicatur uenenum nigrum, eó q facit homines nigros, & res læta, quia homines lætos facit, non tamen ob hoc officium potest nobile uocari eo q faciet homines nobiles, non.n. officium præstat nobilitatem, potest enim ignobilis aliquo fungi officio, & licet aliquod officium possit dici mercēnarium, ut puta officium sutoris, eo quòd facit sutorem mercennarium, tamen officium iudicis, non facit iudicem appellari mercennariū.

Non dicitur officium nobile

Et si diceres, non ne iudices suum recipiunt salarium. l. diem functo. ff. de offic. asses. recipiunt profecto, sed si hanc ob causam appellas officium mercennarium, omne quidem officiū posset mercennarium dici, potest enim, & ei, qui merum habet imperium præstari salarium, & sic eius officium dicetur mercennariū, nullum itaq; officiū esset nobile, hanc igitur ob causam in meis diffinitionibus non posui officium, quia ut dixi, capitur ut instrumentum. At instrumenta non solent in diffinitionibus poni, posset tamen impropriè dici officium uile, officiū nobile, quemadmodum artes dicuntur uiles, quæ à uilibus & nobiles, quæ à nobilibus exercentur, sed officium, tunc nō caperetur pro instrumento sed pro eo, quód quis efficere debet, hoc est pro exercitio in hoc, non est insistendum, capias tuo arbitratu, hoc unum confirmo, instrumentum non esse in diffinitione ponendum.

Officium iudicis non dicit mercennarium

Quod autem officium in materia nostra, etiam pro instumento capi possit, liquidò demonstratur.

Certum est argumentum a simili ualere. l. si. c. de colla. & Bal. in. l. i. C. de sur. & in. l. de quibus ff. de legi. & ita a simili argumentatur, Paulus in. l. necessario ff. de pericul. & commod. rei uend. cum ait, sicuti stipulatio sub conditione, si defecerit conditio, nulla est, ita & emptio & uenditio sub conditione contracta, si defecerit conditio nulla est.

Arg à simili ualet

Ducatur igitur hoc modo argumētum, nulla facultas, seu ars, sine proprio instrumentò exerceri potest, sed iurisdictio est facultas quædam, seu ars, igitur sine proprio instrumento exerceri non potest.

Quod autem ars non possit sine instrumento exerceri, patet inductiue, nam facultas legendi non potest sine libris, qui sunt ei, ut instrumenta exerceri.

Item facultas rei mililaris sine armis uti instrumentis exerceri nequit, Item nec faber ferrarius, nec sutor sine proprijs instrumen

tis operari possunt, & sic in aliis.

In unaquaque enim arte seu facultate necessarium est, propria subesse instrumenta, si opus confici debeat. Arist. i. Polit. Sed iurisdictio est facultas & ueluti ars quædam. arg. l. i. ff. de iust. & iur. necessario igitur ut exerceri possit, proprium debet instrumentum habere. quid igitur erit instrumentum? iudex non, est. n. causa efficiens, iurisdictio minime. est enim facultas seu potestas per quam iudex operatur, sicuti artifex per artem, nec ipsum iustum est instrumentum, est enim materia in qua iudex operatur, ut dictum est. causa item finalis, quæ est, ne delicta remaneant impunita, & ne una pars sit in damno, altera in lucro, & ne quis damnum iniuste patiatur, instrumentum dici minime potest. hæc enim sunt id cuius gratia iudex agit, relinquitur ut instrumentum sit officium, quo iudex in omni iurisdictione operatur.

Officium esse instrumentum quo iudex operetur liquido monstratur

Officium potest itaque accipi pro eo quod quis facere debet, & ita capitur in titulo de offic. cons. de offic. præfec. præt. ff. & in sequentibus titulis. usque ad titulum de iurisdict. omn. iud. potest etiam capi pro instrumento, quo iudex operatur, ut supra demonstratum est.

Et quando capitur pro instrumento dicitur latissimum, eo quod eius usus ad plura accommodatur, nam quemadmodum culter ille Delphicus, cuius meminit Arist. i. Pol. ad plura ministeria accommodabatur, principaliter tamen erat confectus ad incidendum ea, quæ erant esui apta, uerbi causa, panem, carnem, & huiusmodi erat enim aptus ad limandum, ad colligendas herbas acetariis idoneas, illo etiam utebatur lanius ad occidendum pecus, quamobrem eius usus erat latissimus.

Ita officium iudicis ut instrumentum dicitur latissimum. l. i. ff. de iurisdict. omn. iud. eo quod omnes iudices illo utuntur, ut opus suæ iurisdictinnis perficiant, sed præcipue is qui merum habet im perium, qui principem in iure dicendo locum obtinet.

Deinde is qui mixtum habet imperium eodem utitur officio uti instrumento, etiam suæ iurisdictioni apto: postremo illo etiam utitur, is qui iurisdictionem realem habet, ad ea quæ sine hoc instrumento expediri non possunt.

CCXXV. Declaratio quamobrem officium iudicis dicatur latissimum.

SOLET quæri quare in.l i.ff.de iurisdict.omn.iud officium iudicis dicatur latissimum, & non longissimum? Omissis quæ ab aliis dicuntur, dicas quod potest esse, quid longum & non latum, puta linea, sed non potest aliquid esse latum, quin etiam sit lõgum, lata.n.dicitur superficies, q̃ & longa & lata est. Hæc igitur appellatio latissimum includit etiam longum, sed hoc nihil ad rem, siquidem officium, nec latum nec longum propriè dici potest, cum sit incorporeum, sed metaphorice quando capitur uti instrumentum dicitur latissimum, eo quod eius usus ad plura accommodatur, sicut culter ille delphicus posset dici latissimus, quia eius usus in pluribus uersabatur, ut dictum est, sed negabit quispiam huiusmodi officium ad plura accommodari, sed solum ad ea quæ sunt mixti imperii, nam in.d.l.i. solum exempla mixti imperii ponuntur.

Officium iudicis quare dicatur latissimum

Placet mihi Bar.respõsio, ait enim illa dictio, &, quæ ponitur in textu, implicari omnia, quæ possent hoc instrumento per iudicem expediri.

Huic solutioni occurrit Ias. inquiens, eam sibi non placere, eo quod illa dictio &, implicaret casum magis dubitabilem. & est perinde ac si Iureconsultus diceret, non solum iudex potest damnare ad mortem, sed etiam potest dare bonorum possessionem, & tamen implicatiua, & debet implicare casum minus dubitabilem, allegat glos.in.l.illud.ff.ad.l.aquil.

Minus attentè hoc dixit Ias. illa enim dictio &, in casu nostro natura sua implicat casum minus dubitabilem. Ostendam hoc a simili, quod fieri potest, ut.l.si.C.de colla. &.l. necessario ff.de pericul. & commod. rei uend. Nam ille culter delphicus de quo dictum iam est, primum factus est ad incidendum ea quæ sunt esui apta, deinde ob commoditatem ad limandum, quamobrem si diceretur ille culter delphicus etiam ad limandum factus est, includeret casum minus dubitabilem, minus enim dubitatur an culter sit factus ad incidendum panem, quam ad limandum.

Ita iudicis officium uti instrumentum primum conceditur ei, qui habet merum imperium, uti nobiliori, & principè locũ

inter iurisdictiones obtinenti : intereſt enim rei publicæ, ut hu iuſmodi iudex utatur hoc inſtrumento, ad perficiendum opus ſuum, hoc eſt ut delicta puniantur, quibus res publica affecta eſt iniuria ut v. Ethic. & ſupra demonſtratum eſt.

Deinde conceditur etiam hoc inſtrumentum habenti mixtum imperium, & realem iuriſdictionem, ut æqualitas & conſequenter ſocietas in ciuitate conſeruetur, ne quis ſcilicet damnum patiatur, id quod ſi non fieret, non ſocietas ſed ſeruitus eſſe uideretur. ut v. Ethic.

Bonum cõmune eſt preferendum priuato:

Et hoc bonum eſt ſingulorum ciuium, illud hoc eſt punire delicta eſt omnium & ſic magis commune, igitur eſt præferendum Aut. res quæ. C. communia de leg. & Ariſt. i. Ethic.

Quamobrem minus dubitandum eſt, huiuſmodi officium eſſe inuentum expediendi cauſa, ea quæ ſunt meri imperii, quam ea quæ ſunt mixti, ac realis iuriſdictionis, & ſic illa dictio &, caſum minus dubitabilem ſecundum ſuam naturam includit.

CCXXVI. Delaratio quare dicatur quid competere iure magiſtratus, & quæ mandari poſſint.

SOLET quæri quænam cauſæ mandari poſſunt Papinianus in l. i. de off. eius. facit duas regulas, Prima eſt,

Ea quæ ſpecialiter lege uel ſenatuſconſulto, uel conſtitutione principum tribuuntur, mandari non poſſunt, Doctores tamẽ dicunt, duo copulatiue requiri, ad hoc ut cauſa mandari non poſſit.

Primum quod cauſæ tribuantur maioribus magiſtratibus.

Secundum quod ſpecialiter & in priuilegium, ita quod minimis magiſtratibus denegentur, pudet me hæc legere, reprehendunt enim Iureconconſultum, tanquam imperfectè loquentem, quod dici fas non eſt, cum Iureconſulti fuerint eruditiſſimi, & circumſpecti, eorumq; ſententiæ nihil addi, nec minui poſſit, quin eorum elegantia, & ſenſus deſtruatur, tenenda eſt igitur Iureconſulti regula prout ſcripta eſt, cui bene intellectæ nihil addi neceſſe eſt, ut infra manifeſtiſſime apparebit.

Secunda regula eſt hæc quæ iure magiſtratus competunt manda

ri possunt. Competere autem iure magistratus dici possunt, quæ nec lege nec Senatusconsulto, nec principum constitutione competunt.

Pro clara harum regularum declaratione, scire oportet, omnes contractus, omnesq; conuentiones siue nominatas siue innominatas, quę sponte contrahuntur, nec lege nec senatuscõsulto, nec principum constitutione esse inuentas, sed gentes seu ciues inuenerunt. quocirca dicuntur iure gentium seu ciuili constitutæ. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. & . §. quod uero, & . §. nam quod. Inst. de iur. na. gent. & ciuil. & de huiusmodi conuentionibus, nulla lex condita est, sed bene iureconsulti, prudentes super his interpretationes fecerunt, ut patet in proprijs harum conuentionum titulis, & ideo responsa prudentum appellata sunt. ut in §. responsa prudentum. Inst.

Conuentiones iuris gentium nec l. nec senatus consulto nec constitutione principis sunt inuente.

Et si quispiam obijceret, immo mille leges de huiusmodi cõuentionibus loquuntur, tot. tit. de contrahen. empt. loca. & conduct. mand. præscrip. uer. & similibus.

Dicas illas non esse leges, sed responsa seu prudentum interpretationes, raræ enim sunt leges in iure, illæ enim dicendæ sunt leges, quarum titulus ita sonat ad. l. Iul. de adul. ad. l. Iul. maiest. ad. l. Iul. de ui publ. ad. l. Corn de sica. ad. l. Corn. de fal. ad. l. Aquiliam & alia eiusmodi.

Et aduerte ne decipiaris, non enim responsa legumlatorum sub illis tit. contenta, sunt leges, sed legum interpretationes, nam Iureconsulti interpretantur eiusmodi leges, quod Gaius in. l. i. de orig. iur. testatur inquiens, facturum legum uetustarum interpretationes. & hoc ostendit illa præpositio ad, nihil enim est aliud ad. l. iul. q̃ super. l. iul.

Ad enim præpositio inter alia significat super, quasi uelit dicere interpretationes super. l. Iul. super. l. Cor. & c. Leges enim erant breues, paucis prægnantibusq; uerbis constitutæ: Quamobrem uerba interdum erant ambigua, & ideo uarii iuris prudẽtes super unoquoq; uerbo interpretationes fecerunt, interpretabantur etiam Senatusconsulta, unde Vlpianus in. l. i. ff. ad senatusconsul. Trèbell. aït, transeamus nunc ad interpretationes Trèbelliani, quicquid igitur sub illo titulo continetur, non leges, sed prudentũ responsa appellanda sunt. d. §. responsa prudentũ Inst. ut supra, sed iuris periti nostri temporis, unumquodq; iurisconsuttorum responsum legem appellant. id quod Laurent. Valla in lib. iiij. cap. ccxxxix. irridet inquiens, Quid dicam?

de iuris peritis hoc præsertim tempore qui quoties Pauli, Vl piani, aliorumq; testimonium assumunt, legem nominant, cum longe sit aliud legem esse, & habere uim legis, quodq; deformius est, unam legem in plures leges partiuntur, uerbi causa ad l. Iul. de adult. quotiens Scæuola, quotiens Vlpianus, Papinianus aliusue quis loquitur, etiamsi bina uerba, & quidē à superioribus dependentia, toties nouam legem appellant, non ab aliquo legislatore unam legem, sed ab infinitis interpretibus legum, infinitas leges esse iudicantes, etiam titulus de uerb. sign. non legem immo leges appellāt. hæc ille.

Cum igitur omnia iuregentium constituta, non tribuantur magistratui aliqua speciali lege sed iure magistratus competant, hoc est eo ipso, quod quis accipit magistratum, omnium causarum, quæ iure actionum expediuntur, iurisdictionem habet, quæ ut supra dictum est, iurisdictio realis, seu emendatiua appellatur, si igitur iure magistratus competunt, alii mandari possunt, & hæc est una regula, quem ponit Papinianus in .d.l.i. dum ait quæ uero iure magistratus competunt mandari possunt, ratio quia nulla lege specialiter tribuuntur. ut patet in omnibus conuentionibus, quæ iure gentium & iure ciuili, sine tamen lege introductæ sunt, ut .d.l. ex hoc iure, & .l. iuris gentium. ff. de iust. & iur.

Lex fiebat in comitiis

Lex enim in comitijs fiebat, ut alibi diximus. sed nunquam super his conuentionibus fuerunt facta comitia, tunc enim fiebāt comitia. quando alicuius rei faciendæ totus populus in unum conueniebat, dicta a coeundo, illæ enim coitiones populi ad creandos magistratus, ad legesq; ferendas dicebantur comitia, nunquam enim uniuersus populus ad ferendas leges super conuentionibus, & contractibus conuenit, sed illis ciuitas utendo approbauit.

Comitia quæ dicant

Et licet sint aliqui contractus iureciuili introducti, ueluti stipulatio. d ex hoc iure, non tamen pro inuenienda stipulatione fuerunt habita comitia, & consequenter nec de stipulatione lata lex est, nec sequitur est de iureciuili, ergo de ea specialiter lata lex est, fuit enim a prudentibus inuenta, nam & responsa prudentum dicuntur ius ciuile. §. constat. Inst. de iur. na. gen. & ciuil. non tamen fuerunt à lege introducta.

Item legata & fideicommissa particularia iure magistratus competnnt, eo quod iure actionis petuntur, & de eis nulla specialiter facta est lex.

omnia

Omnia igitur, quæ nec lege, nec ſenatusconſulto, nec Principum conſtitutione ſpecialiter introducta ſunt, mandari poſſunt, competunt enim iure magiſtratus.

Et ut intelligas, quid ſonent hæc uerba, iure magiſtratus, ſcito hanc appellationem, ius, nil aliud eſſe, quam ciuitatis ordinationem, dico ius ciuile, ut ait philoſophus in.i. Polit. ca. i. Cuius hæc ſunt uerba, Ius quid

Iuſtitia ciuile quoddam eſt, nam ius ordinatio eſt ciuilis ocietatis.

Item omnis genitiuus capi poteſt actiue & paſſiue, ut uulnus Vlyſſis, quod Vlyſſes alicui intulit, & ſic actiue, uel quod Vlyſſes accepit, & ſic paſſiue

Genetiuus actiue & paſſiue capi poteſt

Cum igitur dicitur iure magiſtratus, interpretare tu ordinatione magiſtratus, non quod magiſtratus ordinauit, & ſic actiue ſed quod magiſtratus ordinatus eſt, & ſic paſſiue.

Ea igitur quæ competunt alicui, cum primum creatur magiſtratus ſine ſpeciali lege, dicuntur iure magiſtratus competere, ſed ea quæ ſunt ſub iuriſdictione reali, ſeu emendatiua, ut conuentiones, contractusque omnes, competunt cuique abſque eo quod ſpecialiter a lege tribuantur: competunt inquam cum primum creatus eſt magiſtratus, & ideo delegari poſſunt.

Dicuntur etiam competere iure magiſtratus nonnulla, quæ ſunt mixti imperij, eo quod nec lege ſpecialiter, nec ſenatus conſulto, nec principum conſtitutione tribuuntur, ſed uel Prætorum edictis, uel fortaſſe plebiſcito, uel prudentum reſponſis conſtituta ſunt. Hæc autem ſpecie a lege, a ſenatusconſulto, & principum conſtitutione differunt. §. ſcriptum, Inſt. de iur. nat. gent & ciuil.

Quę igitur ex his quæ ſunt mixti imperij, iure magiſtratus competunt, mandari poſſunt, quæ uero lege uel principum conſtitutione tribuuntur minime, ut late inferius apparebit.

Non igitur recte ſentiunt, qui aiunt, Ea qua ſunt mixti imperii, mandari non poſſe, cum & aliqua, quæ ſunt mixti imperij mandari poſſint: ut inferius manifeſtiſſime declarabitur.

Male dicunt qui aiunt que ſunt mixti Imperii mandari non poſſe

CCXXVII. Declaratio illius uerbi spe cialiter in.l.i.in principio, de officio eius.

ALTERA est regula eiusmodi, Quæcunque specialiter lege uel senatusconsulto, uel principum constitutione, tribu tur, mandari alteri non possunt. Glos. in uer. specialiter ponit, specialiter, idest expresse, item in priuilegium, quia maioribus, & ambo sunt necessaria, & alterum non sufficit, mihi non placent.

Exemplaca tatio eorum que nõ possunt mandari

Tu ergo dicas ea de quibus specialiter, id est per se, in indi duo facta est lex, uel senatusconsultum, uel principum constitu tio, mandari non possunt, exempli causa, de adult. lex specialiter lata est a diuo Augusto, ut in tot. tit. & .l.i.ff. de adult. ergo ea quæ sub illa lege tribuuntur, mandari non possunt.

Item de crimine maiestatis, lex iulia specialiter lata est, ut in tit. ad .l. Iul. maiest. ergo eius iurisdictio mandari non potest.

Item de ui publica, lex specialiter a Iulio lata est, ut in tit. &.l.i.ff.ad.l.iul.de ui publica, ergò eius cognitio alteri mãdari non potest.

Item de sicariis & ueneficis, lex specialiter lata est a Cornelio ut in tit. &.l.i.ad.l.Corn.de sica. ergo eius cognitio alteri man dari minime potest.

Item de parricidijs lex specialiter lata est a Cornelio & pom peio, ut in tit. &.l.i.ad.l.Pomp.de parricid. ergo eius cognitio alteri mandari nequaquam potest,

Item de falsis lex specialiter lata est a Cornelio & senatus consulto Liboniano, ut in tit. & .l.i. ff. ad.l. Corn. de fal. ergo eius cognitio alteri mandari nequit.

Item de repetundis lex specialiter lata est a Iulio, ut in tit. & l.i.ad.l.Iul.repet. ergo eius iurisdictio seu cognitio alteri man dari nequit:

Item de annona lex specialiter lata est a Iulio, ut in tit. & l. .i.ff. ad .l. Iul. de anno. ergo eius cognitio alteri mandari non potest.

Item de sacrilegijs & residuis lex specialiter lata est a Iulio,

tur in tit. & .l.i.ff.ad .l.iul.pecul.ergo eius cognitio alteri mandari posse negatur.

Item de plagiarijs, lex specialiter lata est a Flauio, ut in tit. & l.i.ff.ad.l.Flau.de plag.ergo eius iurisdictio seu cognitio mandari posse non conceditur.

Item de damnis iniuria datis, licet lex specialiter, tamen non propria lex, sed plebiscitum appellatur, ut in tit. & .l.i.ff.ad .l. aquil. quamobrem non sunt sub hac regula, sed sub iurisdictione reali seu emendatiua.

Eaque sunt sub l: aequalia sub plebiscito inducta non lege & ideo possunt mandari

Hæc sunt quæ specialiter lege tribuuntur, & si quæ sunt alia de quibus specialiter lex lata sit tuo studio inuenire potes.

Item Diui Seueri constitutione, præfecto urbi specialiter cauetur, ut quicquid intra Vrbem admittatur, seu intra centesimum miliarium admissum sit, ad præfectum Vrbis pertineat, ergo huiusmodi cognitio alteri mandari non potest.

Item eadem epistola specialiter scriptum est, si quis seruum adulterium commisisse dicat, apud præfectum Vrbis erit audiendus, ergo eius cognitio alteri mandari nequit.

Item de raptu uirginum lata est specialiter principis constitutio, ut in titulo. & .l.unica.C. de rapt. uirg. & in .§. homicidia. Aut. de mand. princip. ergo eius notio alteri mandari non potest.

Item eadem epistola specialiter in hæc uerba cauetur, sed ex interdictis quod ui aut clam, aut interdicto unde ui, audire præfectus urbi potest, ergo notio huiusmodi alteri mandari minime potest

Item specialiter a Diuo Seuero præfecto urbi datum est, ne mancipia prostituantur.

Item ut præfectus Vrbi corrigat, & fustibus castiget libertos, patronos suos contemnentes, interdum & metalli pœnam in eos statuat, ergo eius cognitio mandari non potest, hæc ex .l.i.ff.de offic. præfect. urb.

Item Diui Augusti constitutione specialiter tributum est præfecto uigilum, ut de incendiarijs, effractoribus, furibus, raptoribus, & receptatoribus cognoscat, ut in tit. & .l. iij .ff. de offic. præfect. uigil. ergo eius cognitio mandari nequaquam potest.

Item ab Imper. Vero & Antonino concessum est, præfecto uigilum, ut insularios, & eos qui negligenter ignem apud se habu

buerint fustibus & flagellis cedi iubere possit, ergo eius notio alteri mandari non potest, hæc ex.l ult. & penult. de off. præfec. uigil. ff.

Nota quòd causæ criminales possunt a proconsule mandari ita ut eius legatus audiat, sed si sententia ferenda est ad proconsulem remittere debet, l. i. C. de offic. procons. & .l. solet ff. eod.

Item principum constitutione specialiter constitutum est, ut curet is qui prouinciæ præest, malis hominibus purget prouinciam, nec distinguitur unde sint, l. iij. ff. de off. præsi. ergo eius notio mandari non potest.

Et nota ibi unde sint, posse latine dici, unde es tu, quod multi negant, & aiunt bene dici, cuias es tu.

Hoc ẽ mixti imperii — Item constitutio diui Marci, specialiter lata est, ne aliter alimentorum quæ testamento, uel codicillis fuerunt relicta, transactio rata esset, quæ authore prætore facta, ff. de transact. l. cum hi in principio, ergo mandari non potest, per regulam primam .d. l. i. ratio quod principis constitutione hoc traditum est, quod autem non possit mandari, probatur .d.l. cum hi .§. sed nec.

Item authoritas interponendi decretum in rebus pupilli distrahendis, & arbitrium quærendi, an expediat pupillo distrahere, datum est prætori, & præsidibus, a senaturconsulto (Tertillo & Clemente consulibus) specialiter de hoc facto, ut in tit. & .l. i. & .l. magis puto .§. non passim, uers. & ideo arbitrium huius rei senatus dedit. ff. de reb. eorum, ergo huiusmodi cognitio & authoritas alteri mandari non potest .l. mandata. ff. de offic. eius.

Hoc ẽ mixti imperii

CCXXVIII. Declaratio .l. mandata .ff. de offic. eius, & quid significet uerbum illud consilium ibi.

ET ut illa lex intelligatur, necesse est scire, quid uelint illa uerba, mandata iurisdictione, is cui mandata est, non potest consilium exercere: illud uerbum consilium a glos. non est bene intellectum.

Ait enim consilium, id est authoritatem manumittendi,

præstari, alleg. l. ij. in fi. ff. de offic. proconſ. ubi nihil de conſilio dicitur.

Tu uero dicas, conſilium & conſultationem idem eſſe. Eſt enim conſilium aliquid faciendi, uel non faciendi ratio excogitata, & deſcendit a conſilio, as, a quo frequentatiuum conſuito conſultas, ducitur. hinc conſultatio, nam quando quis de aliqua re agenda uult diliberare, prius conſultat, hoc eſt quærit, nam qui conſultat quærere uidetur, ut ait philoſophus in iij. Ethic. Quærit igitur quonam modo res ſit facienda, & an id fieri expediat, & poſtquam bene conſultauit, deliberat, eligit, facitq́, Vnde dici ſolet, qui bene conſultat, bene deliberat, de conſultatione uide in iij. Eth. Cõſilium & cõſultatio idem Cõſilium quid

Quando igitur tutores uolunt rem pupilli diſtrahere, prætor ſeu præſes debet quærere, expediat pupillo id fieri, necne, & alia multa, de quo in . §. non paſſim in . l. magis puto . ff. de rebus eor. Et cum bene conſultauerit, hoc eſt bene quæſierit, ſi inuenerit rem illam diſtrahi pupillo expedire. hoc fieri eligit deinde deliberat, interponitq́ decretum.

Illa igitur inquiſitio, quæ fit a prætore in rebus pupilli diſtrahendis, dicitur cõſilium, quod & conſultatio appellatur, ut in iij. Ethic. Vbi dicitur, qui conſiliatur quærere uidetur Conſilium autem omne eſt quæſtio, Hæc ſunt uerba antiquæ trãslationis, In translatione uero Argilopoli dicit qui cõſultat, quærere uidetur, & omnis conſultatio eſt perquiſitio, & quia prætor debet multa quærere, in dicta alienatione. d. §. non paſſim.

Ideo illa inquiſitio dicitur conſilium, ut liquido patet in iij. Ethic. Et de hoc conſilio loquitur Vlpianus in. d. l. mandata. Et quia huiuſmodi conſilium, tributum eſt Prætori, & præſidi a ſenatuſconſulto, ut ſupra dictum eſt, ideo mandari non poteſt. Cõſilium: l mãdata de offic eius ff quid ſignificet

Quod autem de huiuſmodi conſilio, hoc eſt de conſultatione loquatur, non autem de authoritate manumittendi, ut tenet ibi glos. & Bar. Oſtendunt illa uerba inferiora, uidelicet, Et ſi tutores, uel curatores, uelint prædia uendere. & c. ratio quamobrem huiuſmodi conſilium non poſſit mandari, eſt, quod ſpecialiter hoc a ſenatusconſulto prætori tributum. d. §. non paſſim ergo delegari non poteſt.

Item ſpecialiter lata eſt lex Attilia, quæ tribuit Prætori Vrbano, ut poſſit dare tutorem.

Mixti impe perii est.

Item lex Iulia specialiter, tribuit Præsidibus prouinciarum ut tutorem pupillis dare possint, ut Inst. de Attil. tut. in pr. ergo datio tutoris non potest delegari .l. nec mandante. ff. tuto. & cura. nec competit iure magistratus, sed de hoc longa controuersia apud doctores.

CCXXIX. Declaratio quare datio tutoris, cum competat magistratibus mandari non possit.

AN datio tutoris competat iure magistratus, audacter dic dationem tutoris nec olim competijsse, nec hodie iure magistratus competere, cum sit a lege hoc specialiter tractum per reg. i. in. l. i. ff. de offic. eius Sed huic uidetur obstare. §. sed hoc iure. Inst de Attil. tuto. ubi Præses potest iubere dari tutorem a magistratu, si non sunt magnæ pupilli facultates. l. Lutius. §. testamento. ff. de administ. tuto. ibi præsidis præcepto a magistratibus datur tutor, ergo datio tutoris potest mandari, cum competat iure magistratus per reg. ij. d. l. i. glos. ibi soluit, sed mihi minime satisfacit.

Tu uero dicas dationem tutoris illi competere, cui nominatim uel lex, uel princeps dedit. l. muto. §. tutoris datio. ff. de tutel. sed lex uel fit expresso populi consensu. §. lex. Inst. de iur. na. gen. & ciuil. uel tacito quæ lex tacita, sed consuetudo dicitur, quæ inueterata pro lege custoditur. l. de quibus. ff. de legi. nihil enim interest, suffragio populus uoluntatem suam declararet, an rebus ipsis & factis ut ibidem dicitur, sed post illam legē nec mandante. ff. de tuto. & cura. tacito populi consensu, & sic tacita lege concessum est magistratibus, ut iussu seu præcepto præsidum, possent dari tutores, si non sunt magnæ pupilli facultates. d. §. sed hoc iure.

Quod autem tacita lege hoc concessum sit, ostendunt illa uerba, sed hoc iure utimur, usus enim populi est consuetudo, & sic tacita lex, quod patet in. l. si de interpretatione. ff. de leg. ibi quo iure ciuitas retro usa fuit, & loquitur de consuetudine ut ibi apparet in fi. Et consuetudo est lex quædam. l. i. C. de eman cip. & ibi glos.

Non est ergo mirum si magistratus tutorem dare potest, cum

ei tacita populi lege sit concessum, & datio tutoris ei competit, cui nominatim lex tribuit.d.l.muto.§. tutoris datio, lex inquã uel expressa,uel tacita,magistratus itaq; hanc facultatem dandi tutores non habent à præside,sed a lege saltem tacita,sibi tributam,hoc pacto ut sine præsidis præcepto,ea uti non possit . aliud est enim habere potestatem, aliud præcipere seu iubere ut is qui potestatem habet,ea utatur,quemadmodum aliud est commodare equum Titio, ut in eo equitare possit , aliud iubere,ut Titius in equo suo equitet,non habet igitur magistratus huius mndi facultatem a præside sed iure suo, a tacita lege , ut dictum est,sibi concessam exercet,quamobrem magistratus illam alteri mandare non potest.per reg.i . d.l.i. Deinde ex constitutione principis datio tutoris cæpit competere defensoribus ciuitatum si facultates pupilli usq; ad quingentos solidos ualeant .§. non autem.Inst,de Attil.tuto.qua constitutione defensores ciuitatũ nulla præsidum iussione expectata possunt. dare tutores,seruata tamen forma de qua in.d.§.

Hoc modo intelligitur etiam lex,ius dandi .ff.de tut.& cur. Vbi ius dandi tutores datum est magistratibus municipalibus, dummodo illum dent,qui ab eodem municipio est,& dicit ibi Iureconsultus eoq; iure utimur & sic consuetudine , hoc est tacita lege, illud ius datum est magistratibus municipalibus,ut paulo ante declaratum est.

Magistratus municipales & defensores ciuitatum habẽt propriã dãdi tutores iurisdictionẽ quæ mãdari nõ põt

Sed caueto ne decipiaris, nam licet magistratus municipales, & defensores ciuitatum , tutorem dare possint . non ob id eam possunt alteri mandare, ut.d.l.nec mandante: non enim competit iure magistratus,ut dictum est,Nam nec pręses,nec defensores , nec magistratus municipales possunt dationem tutoris in alium transferre,cum eis specialiter lege seu principis constitutione ius dandi tutorem sit tributum,ut ex supradictis patet,& ea quæ lege tribuuntur mandari non possunt .l.i.ff. de off. eius in prima regula,nec iure magistratus competunt.

Rõ quare datio tutoris n n potest mãdari

Item legato proconsulis , lege tributum est , ut tutores dare possit.l.penul.ff. de off.procons.& ibi glos.hoc tenet inquiens non facit hoc ex delegatione proconsulis , nam proconsul hoc mandare non potest . l. nec mandante , ff. de tuto. & curat. dand.ab his.

Ex supradictis concludo dationem tutoris,nec hodie competere,cui uis iure magistratus,etiamsi facultates pupilli quingentos aureos non excedant, sed principis constitutione eiusmodi

potestas ciuitatum defensoribus tributa est, hac lege, ut Antistes una cum eis interueniat, quo tutius pupillis prouideatur, quemadmodum tutoribus permissa est, rei immobilis uenditio: interueniente tamen iudicis decreto, ære alieno urgente, l. magis puto. §. non passim. ff. de reb. cor.

Si igitur Antistes seu alia persona publica, de qua in d. l. nos, non interuenerit, ipsa tutoris datio nulla erit, arg §. æs alienum in. d. l. magis puto.

CCXXX Declaratio an datio tutoris sit mixti imperii, aut species per se.

SOLET quæri, an datio tutoris, sit mixti imperij, glos. in l. muto. §. tutoris datio. ff. de tut. tenet esse mixti Imperij, & illam sequuntur scribentes, quæ opinio mihi minime satisfacit, manifestissime enim aduersatur. Vlpiani sententiæ in d. §. tutoris datio, cuius hęc sunt uerba, tutoris datio, nec Imperij nec iurisdictionis est, si non est imperij ergo nec meri, nec mixti, nam quod remouetur à genere, & à qualibet eius specie remouetur, ibi Imperium capitur uti genus, quando enim aliqua appellatio profertur sine differentia, uti genus capienda est uerbi gratia, si dico animal, non addo rationale, uel irrationale, tunc animal capitur uti genus. l. legato, generaliter. ff. de leg i. & ibi glos. quamobrem si dico, hoc non est animal, consequenter dico non esse nec rationale, nec irrationale animal.

Tutoris datio nõ est mixti imperii sed species de per se

Cum igitur Iureconsultus dicat, datio tutoris non est Imperij, ibi Imperium sine dubio uti genus, capi oportet non autem uti species. l. Imperium. ff. de iurisdic. om. iud. si igitur datio tutoris non est Imperij, ergo, nec meri, nec mixti, quod enim remouetur à genere, à qualibet eius specie remoueri, necesse est, ut dictum iam est.

Quod autem non sit meri Imperij, liquidò constat, Merum enim Imperium consistit in animaduersione, d. l. imperium.

Quod autem non sit mixti etiam patet, Mixtum enim Imperium in iusto reali seu emendatiuo uersatur, eius quod finis est ne una pars sit in damno, altera in lucro, seu nequis damnum iniuste patiatur, ut supra in eius diffinitione demonstratum est.

At datiò tutoris, non uersatur in hoc iusto, non enim iudex, dando tutorem ad æqualitatem rem ipsam redigit, id quod in

iusto reali, seu emendatiuo efficit, ut supradictum est, cum pupillus non sit in damno, & tutor in lucro, uel contra. sed ob hoc solũ datꝰ, ut pupillos defendat. l. i. ff. de tutel. & §. tutores inst. eo.

Hac eadem ratione, nec est iurisdictionis realis, hæc enim uersatur in iusto reali, eiusq́ finis est ne una pars sit in damno, altera uero in lucro ut diximus.

Et ex his patet dationem tutoris, non contineri aliqua iurisdictionis specie, nec competere alicui, eò quòd habeat iurisdictionem, cum nulla supradictarum iurisdictionum specie contineatur, sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit, uel lex, uel senatusconsul. uel princeps.

Sed dicet quispiam, si datio tutoris non est, nec imperij, nec iurisdictionis, quid igitur erit? si est indiuiduum alicuius speciei est, si species alicuius generis, dicas tu, esse speciem per se, illius iurisdictionis legalis, quæ capitur uti genus, de qua supradictum iam est. Et dum tex. in .d. §. tutoris datio ait, non esse iurisdictionis, intellige tu, non esse iurisdictionis realis seu emendatiuæ, & quia imperium est species iurisdictionis legalis, ut supra demonstratum est. Ideo cum ait datio tutoris non est imperij, non uetat quominus species iurisdictionis legalis dici possit, quod enim ab una specie remouetur, ab altera remotum non censetur, si enim dico, hoc non est homo, non sequitur ergo non est equus. Datio tutoris ē spēs iurisdictionis legalis per se.

Ita non sequitur, datio tutoris non est imperij, nec iurisdictionis realis seu emendatiuæ, ergo non est species iurisdictionis legalis, ex separatis enim non fit illatio. l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de uerb. oblig. & l. Papinianus exuli ff. de mino. Erit igitur species iurisdictionis legalis, per se ab aliis speciebus separata.

CCXXXI. Declaratio. l. cognitio. §. ut possessio bonorum. ff. de offic. eius, & an missio in bonorum possessionem possit mandari.

SOLET quæri, an missio in bonorum possessionem, possit mandari, Doctores fere in. l. iubere cauere. ff. de iurisdict. omn. iud. & in. l. cognitio. §. ut possessio bonorum. ff. de

de offic. eius, dicunt ipsum cognoscere, ipsumque pronuncia an quis sit in possessionem mittendus nec ne posse delegar §. ut possessio bonorum, ipsum uero mittere seu commi Notario, & familiæ ut mittat minime, propterea quod est m imperii. d. l. cauere iubere, nec competit magistratibus muni libus. l. ea quæ. ff. ad municip.

Aiunt præterea. d. §. ut possessio bonorum, habere locum his dumtaxat possessionibus, quæ ius, non tribuunt, & super uidebis in dictis locis multum controuersiæ intra doctores c

Tu ueró, ut res sine controuersia procedat dicito, ipsum co scere, ipsumque pronunciare, Item, hoc ipsum mittere seu com re Notario, & familiæ ut mittat quem in possessionē, poss dari, siue possessio tribuat ius, siué non. Et hoc manifestissime paret in. d. §. ut possessio bonorū, ubi, Macer Iurecōsultus ait bonorum possessio detur mandari potest, nota illud uerbum c tur denotat enim, ut re ipsa detur, licet glos. exponat ibi detur, id est pronuncietur. danda, quę expositio quam sit consentanea, tu ipse iudicato, subdit deinde, uel is cui legatum est, legato rum seruandorum causa in possessionem mittetur, mandari po test illud uerbum mittatur, demonstrat missionem re ipsa facien dam, sed glos. ibi exponit, pronunciet mittendum uel non.

Missio ī possession. ī distincte potest mā dari:

Quid ais glos.? si ita exponere uerba liceret, facile esset cuiu que leges interpretari, sed quia non est a uerborum significatione recedendum. l. non aliter. ff. de leg. iij. pro qua Iureconsulti mul tum laborarunt, in tit. de uer. sign. Idcirco omissa glos. expo sitione, dicas in possessionem mittatur, hoc est re ipsa mittatur.

Apparet igitur ex eo tex. si sine cauillo, & sub auditione in telligatur, missionem re ipsa, in bonorum possessionem posse mandari, in possessionem inqnā quamcunque etiam si tribuat ius ut in tit. de uen. in posses. mitten. cuius fit mentio in. d. §. ut pos sessio bonorum.

Nec obstat in. d. l. iubere cauere, ibi enim non dicitur missio nem, re ipsa in bonorum possessionem quamcunque non posse mandari, sed solum dicit, in possessionem mittere, imperij ma gis est, quam iurisdictionis, imperij meri non est, non enim uer satur in animaduersione, erit igitur mixti, sed quid inde?

Diceret fortasse quispiam, si mixti ergo mandari non potest, sed quo argumento, uel qua lege id probabit? nulla profecto, licet doctores ita sentiant.

Tu uero dicito, etiam eorum quæ sunt mixti imperii, quæ

dam posse mandari: Ea enim solum mandari non possunt, quæ specialiter lege, uel senatusconsulto, uel principum constitutione tribuuntur. d.l.i. de iurisdict. omn. iud. ff. de quo supra dictum est, sed nulla missio etiam re ipsa in possessionem quamcunque nec lege nec senatusconsulto, nec principum constitutione tribuitur, ergo mandari potest.

Rō quare missio in bonorum posses: pōt mādari.

Quod autem huiusmodi missio in possessionem non tribuatur lege uel senatusconsulto, uel principum constitutione, ex eo constat, quod solo prætorum edicto tribuitur, ut patet in omnibus tit. ubi de bonorum possessione tractatur, sed edicta Prætorum non sunt lex, nec senatusconsultum, nec principum constitutio, differt enim ab his specie, ut in. § scriptum. Inst. de iur. nat. gen. & ciuil.

Rursus scribentes aiunt, quæ non competunt iure magistratus mandari non possunt, sed missio in possessionem, non competit iure magistratus. l. ea quæ. ff. ad municip. ergo mandari non potest.

Sed his audacter occurrens dicito, in. d. l. ea quæ non dici missionem in possessiones, aut possidere bona dotis seruandæ uel legatorum seruandorum causa, non competere iure magistratus, sed dicitur hæc magistratibus municipalibus non competere, nec ualet argumentum, hoc magistratibus municipalibus non competit, ergo non competit iure magistratus, id quod, ostendetur argumento à simili, seu ab exemplo, nam quemadmodum non sequitur, habere manus, & faciem rectam, competit homini, iure animalis, non iure rationis, ergo competit cuilibet animali.

Item habere cornua competit boui, iure animalis, ergo habere cornua, competit cuique animali. Ita non sequitur, hoc competit iure magistratus, ergo competit cuique magistratui. Nam hæc competunt iure magistratus, et scilicet, qui habet mixtum imperium, is etiam dicitur magistratus.

Ea enim dicuntur competere iure magistratus, quæ specialiter lege uel senatusconsulto, uel principum constitutione non tribuuntur. d. l. i. & supra dictum est. Sed uel prætorum edicto, uel prudentum responsis, uel iure gentium tribuuntur, & propterea mandari possunt, & licet hæc competant iure magistratus, non tamen omnia competunt, cuique magistratui, non enim competunt municipalibus. d. l. ea quæ.

Item si uendo fundum mille aureis, cognitio huius summe

competit iure magistratus, & tamen non omni magistratui conceditur, nam defensoribus ciuitatum, de tanta summa iudicare non licet, sunt tamen in magistratu, & his solum concessum est in causis pecuniariis usque ad aureos trecentos, ut in Aut. de defen. ciuit. §. & iudicare.

Sed contra id quod dictum est, hoc est quod missio re ipsa in possessionem etiam quæ tribuit ius, possit mandari, adducitur tex. in. l. nec quicquam. §. ubi decretum. Vbi Vlpianus ait ubi decretum necessarium est, per libellum, id proconsul expedire non potest, & quæcunque causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt. glos. ibi, & scribentes feré omnes exponunt per libellum, hoc est per iudicem datum, quæ expositio quam sit inepta facile cuique paulo humaniori parere potest: nullibi enim legi existimo, libellum pro iudice posse intelligi.

CCXXXII. Declaratio. §. ubi decretum. l. nec quicquã. ff. de offic. procõs & leg.

Libellus quid significet

VT igitur ille textus latine scientibus, planus appareat ac dilucidus dicamus libellum esse, quam uulgo supplicationem appellamus, in qua quidem supplicatione solent exprimi preces, quæ principi seu proconsuli de aliqua re ab eis impetranda offeruntur. l. fi. & tot. tit. de precib. Imper. offeren.

De huiusmodi libello loquitur Sueto. in Augusto tanta ait comitate adeuntium desideria excipiens, ut quendam ioco corripuerit, quod sic libellum porrigere dubitaret, quasi Elephanto stipem porrigeret, libellum Tranquillus uocauit schedulam supplicem, qua postulata populares principi exponere solebant, aliqui appellant supplicationem. In huiusmodi igitur libello petebant porrigantes aliquid sibi concedi, princeps uero seu p̃ses rescribebat id quod fieri uel cõcedi uolebat. l. rescripta & tot. tit. de precib. Imp. offe. quę rescipta, si non erant iuri contraria, nec negotij cognitionem tollunt,

At si negotij cognitionem auferunt, & uires principali negotij exhauriunt, nihil profecto ualent. l. ij. cum sequen. C. de precib. Imp. offer. Hoc sibi uult Iureconsul. in. d. l. nec quicquam, ubi quidam a proconsule per libellum petierat ut sibi concederet bonorum possessionem, quæ ius tribuit accipere, uel fortasse minor per libellum à proconsule postulauit, ut liceret sibi præ

dium alienare, si proconsul per rescriptionem id concedere, prorsus non ualeret, nam missio in eiusmodi possessionem, & alienatio rerum immobilium à minoribus facienda, & decretũ, & causę cognitionem requirunt, debet enim iudex prius consultare, & excutere, an aliunde pecunia possit ad extenuandum æs alienum expediri, an pupillus habeat pecuniã in numerato, & requirere, num aliæ res sint præter prædia, ex quarum pretio, ęri alieno satisfieri possit.

Si ita consultando, deprehenderit, non posse aliunde exolui, tunc permittet distrahi prædia, si creditor instans urgeat. l. magis puto. §. non passim. ff. de reb. eor. quæ quidem permissio, decretum appellatur: decretum enim in actione uenit ut ultimum. v. Et hic.

Omnia igitur quæ decretum requirunt, per libellum nõ possunt expediri, & hoc dicit ille. §. ubi decretum, non autem prohibet, ea, quæ cognitionem requirunt posse mandari, & si ita intelligatur, ut uere intelligi debet, supradictis minime obstat.

Ex supradictis collige has conclusiones.

Cognitio, et pronunciatio, an quis sit mittendus in possessionem, potest delegari.

Vt quis, re ipsa mittatur in possessionem bonorum quamcunque alij mandari potest.

Quędam mixti imperij demandari queunt.

Quędam mixti imperij, iure magistratus competunt.

CCXXXIII. Declaratio, an restitutio in integrum posit mandari.

SCribentes aiunt in integrum restitutionem posse mandari. l. fi. C. ubi & apud quẽ, sed hoc speciale est ut ipsi, inquiunt.

Tu ueró dicas, in integrum restitutiones, licet fiant causa cognita, posse mandari, d. l. fi. nihilq; in hoc specialitatis existit, ratio quamobrem possunt mandari, ea est, q nec lege, nec senatus consulto, nec principium constitutione, id est tributum, & ideo possunt mandari, ut in. 1. regula. d. l. i. Est enim hoc à prætoris edicto inductum. l. i. & l. iij. ff. de resti. in integ. quod edictũ, à lege, uel senatusconsulto, uel principum constitutione, ut sæpius dictum est, specie differt.

Nec obstat, q sit mixti imperij, nam ea, quæ sunt mixti imperij, si non sunt lege, uel senatus consulto uel Principis constitutione specialiter tributa, mandari possunt, ut in regula secunda. d. l. i. & supra diximus.

Huiusmodi autem in integrum restitutiones, non solum possunt delegari, sed etiam apud quoscunque iudices, peti possunt, si propriam habent iurisdictionem, non possunt tamen apud compromissarios iudices uel arbitros, ex communi sententia doctos, nec apud eos qui dantur à iudicibus, qui propriam iurisdictionẽ non habent. d. l. fi. Coram alijs uero omnibus peti possunt, hoc autem utilitatis gratia receptum est, habet enim huiusmodi restitutionis beneficium multũ utilitatis ut. l. i. ff. de resti. integrum.

CCXXXIIII. Declaratio an causæ pecuniariæ possunt mandari.

Dubitatur an causæ pecuniariæ possint delegari, Bar. in. l. nec quicquam. §. ubi decretũ. in. iij. col. ff. de offi. procons. ita distinguit, aut est causa à trecentis aureis infra, & tunc quia competit iure magistratus, ut in Aut. de defen. ciuit. §. et iudicare, potest delegari. d. l. i. per regulam secundã. aut est causa, à trecentis aureis supra, & tunc, aut quæris, an posset delegari in totum, & dico (inquit ipse) quòd non, nisi ex causa iusti impedimenti, aut quæris, an possit delegari, quo ad processum, & dico (ait ipse) q sic. l. placet. C. de peda. iudi.

Debet tamen inquit ipse, delegans audire causam in principio semel, in medio semel, & semel in fi. ut in Aut. ad hæc. C. de iudic. hæc Bar. ad uerbum. Idem sequitur Ias. in. l. imperium. ff. de iurisd. om. iud. in xvi. col. nu. xxxi. Vbi inquit, causam à trecentis supra, non competer magistratibus inferioribus, & sic delegari non potest, nisi proptere impedimentum multitudinis causarum, & iste est casus, ait ipse in. d. l. placet. C. de peda. iudic.

Causa pecuniaria ẽt a trecentis aureis põt in totum mandari.

Tu uero audacter dicas, causam pecuniariam à trecentis aureis supra, posse totam mandari, & pro utilitate, hoc me argumentum ducito.

Omnis causa quæ specialiter lege, uel senatus consulto uel principum constitutione, non tribuitur, iure magistratus ...

petit, ſed cauſa pecuniaria etiam maxima, nec lege, nec ſenatus conſulto, nec principum conſtitutione tribuitur quod ſine controuerſia concedi oportet, iure igitur magiſtratus competit, ſi quid in hoc argumento negabis litem tuam facias cum Papiniano in.l.i.ff.de offic.eius.

Hoc præpoſito, ſi ego in prouincia uendiderim alicui fundum mille aureis, cognitio huius ſummæ ſine controuerſia competit præſidibus.d.§.& iudicare, ubi hoc colliges, competit inquam iure magiſtratus, ut patet in argumento, ſi iure magiſtratus, ergo mandari poteſt.

Ea enim, quæ iure magiſtratus competunt mandari poſſunt, ut ait Papinianus in.d.l.i. Poterit inquam tota huiuſmodi cauſa delegari, etiam ſi non adſit iuſtum impedimentum, uel cauſarum multitudo, nec huic ſententię aduerſatur d.l.placet, quę, ni fallar, nec á Bar.nec ab Iaſ.nec ab alijs eos ſequentibus, bene in hunc diem, intellecta eſt.

Lex placet in hunc diē non eſt bene a ſcribētibus intellecta.

Ego uero eam infra manifeſtisſime declarabo.

Rurſus ſi uendiderim fundum in prouincia ducentis aureis, cognitio huius cauſæ competit etiam pręſidibus, alijſque iudicibus, competit inquam iure magiſtratus, ut liquido ex argumento præpoſito colligitur, & per conſequens, mandari poteſt, quando dicatur competere iure magiſtratus uide ſupra.

Sed quod dictum eſt, ſummã mille aureorum competere iure magiſtratus, uidetur non eſſe recipiendum, ſi enim competeret, iure magiſtratus, competeret etiam defenſoribus ciuitatum, et tamen illis non competit.d.§.& iudicare. Vt hoc reijciatur dicitö, nullam pecuniarum cauſam, ſiue magnam ſiue paruam competere defenſoribus ciuitatum iure magiſtratus. Nec obſtat.d.§.& iudicare, ibi enim ſpecialiter principis conſtitutione defenſoribus eſt tributum. ut poſsit iudicare in cauſis pecuniarijs uſque ad aureos trecentos.

Cauſa nulla pecuniarum competit defenſoribus ciuitatum iure magiſtratus.

Ratio quamobrem, hoc eſt eis tributum, eſt ne creditores ſibi obligatos ad clarisſimos iudices traherent, ut colliges ex.d.§.& iudicare, ſi igitur huiuſmodi cognitio eſt illis, conſtitutione principis tributa, ſequitur, ut hoc illis iure magiſtratus non competat, Quod autem hoc ſequatur apertisſime patet in.d.l.i.

Ex ſupradictis collige has concluſiones.

Cauſa à trecentis aureis ſupra competit pręſidibus, alijſq; clarisſimis iure magiſtratus.

Concluſiones.

Cauſa à trecentis aureis ſupra, poteſt tota etiam ſine impedi-

mento mandari.

Causa à trecentis aureis infra. competit præsidibus alijsq; iu dicibus iure magistratus.

Causa à trecentis aureis infra, defensoribus ciuitatum, non co petit, iure magistratus.

Causa à trecentis aureis infra, defensoribus ciuitatum spec liter tributa est.

Causa à trecentis aureis infra, à defensoribus mandari non teft.

CCXXXV. Declaratio.l.placet.C.de p da. iudi. per Dialogum.

NVnc autem restat, ut reijciamus obiectionem.d.l.place & ut commodius uerus illius sensus explicetur.

Duo inuicem differentes introducentur, Vnus interro gabit, alter uerò quid sibi uerius uideatur, respondebit, Iulius rogabit, Fabius, respondebit, ergo ita exordium nascetur.

Iulius, memini apud Bar. legere, hanc legem difficiliorem esse, quam nulla alia sit in Codice, aueo à te audire mi Fabi, quid de hoc sentias, Fab. difficilis prorsus uidetur, Iul. uidetur? non est igitur? Fab. si eam (uti Doctores intelligunt) interpræte ris, conturbando, transferendoq; fere omnes clausulas, certè dif ficillima est. Iul. quonam igitur modo, interpretanda est? Fab. uti scripta est. Iul. obsecro mi Fabi, ut eam, tuo ingenio faci lem, apertamq;, ut soles, reddas. Fab. geram tibi morem, et eam, ut potero explicabo, sed prius, quędam præmittenda, sunt, Iul. quæ? Fab. dicam si tibi cordi est. Iul. aueo quidem audire.

Fab. Scito igitur, præsides ex officio suo, ea quæ sunt me ri, & mixti imperij, & ea, quæ sunt iurisdictionis realis, pos se explicare, ut patet in tit. de offi. pręsid. ex quibus, ea quæ com petunt iure magistratus, alijs mendari possunt. d.l.i.de offi. eius.

Ea uerò, quæ specialiter lege, uel senatusconsulto, uel prin cipis constitutione, tribuuntur. mandari minime possunt, nisi præsides alio proficiscantur. d.l.i.de offi. eius.

Quædam sunt, quorum, non officio, iureq; suo, sed per prin cipis rescriptiones, cognitionem pręses habebat.

Ad præsidem enim prouinciarum, princeps per rescriptiones

negotia

negotia remittebat, præses uero existimabat, an ipse cognituturus esset, an iudicē dare expediret. hoc apertissime patet in l. sæpe, cum, l. seq ff. de offi. præsidis, cuius hæc sunt uerba. Generaliter, quotiens princeps, ad prę́sidē prouinciarum negotia per rescriptiones remittit, ipse existimare debet, utrum ipse cognoscat, an iudicem dare debeat, poterat igitur preses negotia ad se per principis rescriptiones remissa alteri penitus mandare.

Fateris ne hoc mi Iuli, Iul. sunt testimonio adeo claro firmata, ut negari non possint, sed quorsum tendunt hæc? Fab. ut doceam si possim, quisnam sit uerus illius legis intellectus. Iul. hoc aueo mirum in modum audire, incipe igitur. Fab. incipiam, sed tu prius interrpga, quid scire uelis. Iul. libenter tibi morem geram, illa uerba, placet nobis, cuius sunt? Fab. Imperatoris. Iul. quid igitur placet. Fab. hoc. Iul. quid? Fab. præsides hic distingue, & accipias illa uerba, uidelicet adhibere examen suæ notionis, Iul. imperfecta est structura. Fab. ne interpellato. Iul. perfice. Fab. accipias deinde, illa uerba, his causis, & ibi facias subdistinctionem. Erit igitur structura orationis perfecta hæc, Placet nobis præsides adhibere examen suæ notionis, his causis. Iul. aures non contentantur, sensus enim pēdet. Fab. accipito, deinde illa uerba, uidelicet, in quibus, scilicet causis, ante hac pedaneos iudices dabant, deinde accipito illa uerba quibus ostendetur oratio perfecta. Iul. quæ nam sunt. Fab. hæc uidelicet, quod, hoc est quia, ipsi non possent cognoscere. Iul. plana est structura, sed quæ erant causæ, in quibus ante hac præsides dabant pedaneos iudices? Fab. erant illæ de quibus paulo ante dictum est. Iul. quæ? non memini Fab. illæ inquam quas princeps per rescriptiones ad præsides remittebat, de quibus in. d. l. generaliter. ff. de off. præsid. Iul. quid igitur Dioclitianus in. d. l. placet addidit? Fab. hoc quia ante præsides simpliciter huiusmodi negotia mādabāt. d. l. sæpe, & d. l. generaliter, hodie per. l. placet, debent ipsi præsides cognoscere, ea negotia, quę princeps per rescriptiones ad eos remittunt. Iul. & quid si præsides sunt occupati publicis negotijs, uel causarū multitudine? Fab. Tunc ea lex permittit, ut possint dari iudices, & hoc uolunt illa uerba, ita tamen. Iul. quid demonstrant illæ dictiones, ita tamen. Fab. dic, ita tamen placet præsides adhibere examen suæ notionis, ut si uel per occupatioues publicas, per causarumue multitudinem, omnia eiusmodi negotia nō potuerint cognoscere, iudices dandi habeant potestatem, hæc

ſunt uerba legis. Iul. clara (ſi hoc modo lex illa intelligitur) & uerba & ſenſus uidētur. Fab. ita certe intelligenda eſt. l. ergo lex illa in principio non loquitur in cauſis iuriſdictio à trecentis aureis ſupra, ut Bar. & Ias. alijq; uolunt ubi ſupra. Fab. ita prorſus exiſtimo, ſed loquitur de omnibus cauſis quas princeps per reſcriptiones ad præſides remittebat, ut dictum eſt ſupra. Iul. nemo in hunc diem legem illam ita interpretatus eſt. Fab. nemo prorſus. Iul. perge quęſo mi Fabi. quid illa uerba ſibi uelint explicato. Fab quę uerba? Iul. illa, quod non ita accipi conuenit, uſq; ad uers. quod uſq; adeo Fab. conabor explicare.

Lex placet nō loquitur à trecētis aureis ſupra. Lex placet loquitur de cauſis per reſcriptionē principis ad preſidē remiſſis.

Dixerat Imperator præſides publicis negotijs uel cauſarum multitudine occupatos, iudicis dandi poteſtatem habere, & uidebatur licere præſidibus, ob cauſarum multitudinem, omnes cauſas mandare poſſe.

Hoc excludens Imperator ait, quod non ita accipi conuenit, illud relatiuum quod, intelligas, quod hoc eſt quod præſides habeant iudicis dandi poteſtatem non ita conuenit accipi, ut in his etiam cauſis in quibus ſolebant ex officio cognoſcere, dandi iudices licentia eis permiſſa credatur, Iul. quæ nam ſunt cauſæ in quibus pſides ex officio ſuo ſolebant cognoſcere? Fab. Tā citò oblitus es? Dixeram tibi ſupra, omnes cauſas tam meri quā mixti imperij, tam iuriſdictionis realis, ſeu emendatiuæ poſſe præſides ex officio ſuo, hoc eſt ex propria iuriſdictione, quam ſuo iure habebat, cognoſcere, hoc enim demonſtrat ille titulus de offic. præſi. & hoc referunt illa uerba in tex. ex officio ſuo cognoſcere, quę poſita ſunt ad differentiam earum cauſarum, quæ non ex officio ſuo ſed per principis reſcriptiones cognoſcebant .d. l. ſæpe, & .d l. generaliter de offic. præſid. Iul, ergo preſides, eas cauſas quas ex officio ſuo habent, mandare non poſſunt. Fab. non omnes, nam eas quæ ſpecialiter lege uel ſenatusconſulto, uel principum conſtitutione illis tribuuntur, mandari non poſſunt, niſi alió proficiſcantur. l. i. ff. de offic. eius.

Eas uero quæ iure magiſtratus competunt, mandare poſſunt, ut oſtendunt uerba Imperatoris in .d .l. placet. Iul. quæ nam uerba? Fab. illa quod uſq; adeo, uſq; ad uers. dum tamē. Iul. quid ſibi uolunt illa uerba uſq; adeo, explica quæſo, ad audiendum paratus ſum. Fab. ut potero explicabo, Imperator in uers. quod non ita, dixerat, in cauſis, quas ſolebant præſides ex officio cognoſcere, non eſſe eis permiſſa licentia iudicis dandi. ex

quibus uerbis colligi poterat, omnes causas, etiam quæ iure magistratus competunt, retinendas esse in pręsidum cognitione, propterea quod & eas etiam præsides ex officio suo cognoscunt, non dico sine actione, illa enim uerba ex officio, hic non excludunt actionem, sed includunt omnia, quæ ipsi pręsides iure suo sine principis rescriptione agere possunt. l. omnia, ff. de offic. pręsid. ubi, Martianus ait, Omnia prouincialia desideria, quæ Romæ uarios iudices habent, ad pręsidum officium pertinent, sed quia causæ quę iure magistratus competunt, mandari possunt, ideo dixit, quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est, illud relatiuum, quod, refert antecedens hoc totum, scilicet a uersiculo, quod non ita usque ad uersiculum, quod usque adeò, ibi enim dixerat Imperator, non esse permissam pręsidibus iudicis dandi licentiam in his, quę officio suo cognoscunt, nunc moderatur uniuersalem sermonem, inquiens, quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est, hoc est, non omnes causæ, quæ ex officio suo præsides cognoscunt, in tantum sunt retinendæ in præsidum cognitione, ut eorum iudicia non diminuta uideantur. Iul. quid uolunt illa uerba, ut eorum iudicia non diminuta uideantur? Fab. dicam si præsides per illum uersiculum quod non ita, usque ad uersiculum, quod usque adeo, uoluissent omnia negotia, quæ ad officium præsidum pertinent, in quibus ea quæ iure magistratus competunt etiam reperiuntur d. l. non omnia ff. de offic. præsid. profecto iudicia, hoc est præsidum potestas uideretur diminuta, nam præsides ea quæ sibi iure magistratus competunt mandandi habent potestatem. d. l. i. de offic. eius, in secunda regula,

Ne igitur huiusmodi potestas uideretur diminuta, ideo Imperator subiunxit quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est ut eorum iudicia non diminuta uideantur. Iul. ergo ille uersiculus usque adeo, non est iungendus principio legis, ut uult Bar. in d. l. placet. Fab. certe non, sed capiendus est prout iacet, & temperat ea, quæ dicta sunt, à uersiculo quod non ita usque ad uersiculum, quod usque adeò ut audisti. Iul. ergo omnes causæ, quæ iure magistratus competunt, mandari possunt. Fab. poterant per. d. l. i. hodie minime omnes. Iul. quænam sunt, quæ hodie non possunt mandari? Fab. causa ingenuitatis, & libertinitatis hodie per. d. l. placet penitus mandari non possunt. (Versus usque adeo non è iungēdus principio legis)

Hoc ipsum ostendunt illa uerba Imperatoris, dum tamen, usque ad finem legis, aduertas quæso mi Iuli quod illa uerba dum

tamen, non solum ostendunt quod diximus, sed etiam ostendi in illo uersiculo usque adeo, Imperatorem uoluisse causasqua petunt iure magistratus siue magnas, siue paruas, siue minima posse à præsidibus etiam hodie mandari, quod facile appar ex eo quod excipit causam ingenuitatis & libertinitatis, q competunt iure magistratus, exceptio enim debet esse de regu .l. nam quod liquide .§. fi. ff. de pen. leg. hanc ob causa Imperator dixit dum tamen de ingenuitate &c.

Causa ingenuitatis & libertinitatis cōpetit iure magistratus

Iul. Si ostendis causam ingenuitatis & libertinitatis, compe re iure magistratus, clare procedit dictum quod est. Fab. fac lime id faciam, Audi quæso, Ea quæ specialiter lege, uel senat consulto uel principum constitutione non tribuuntur, iure ma gistratus competunt. d. l. i. sed causæ ingenuitatis, & libertini tis, non tribuuntur nec lege, nec senatusconsulto, nec principum constitutione, ergo competunt iure magistratus. Iul. assenti or, & ea quæ prius spinosiora uidebantur, nunc ex supradictis leuia & clara apparent, & ita me cogunt assentiri, ut aliter legem illam intelligi non posse confirmem, & tibi qui eam aperuisti, gratias ago. Fab. non mihi sed deo a quo omnis ueritas proce dit, gratias agito mirificas. Iul. possunt ne ex supradictis aliq colligi conclusiones. Fab. certè. Iul. collige quæso. Fab. au di. Hæ enim sunt.

Lex placet nobis, usque ad uersic. quod non ita non loquitur in caussis pecuniarijs à trecentis aureis, supra ut doctores uo lunt.

Lex placet in principio, loquitur de omnibus negotijs, quæ princeps ad præsides per rescriptiones remittebat.

Versic. quod non usque adeo, non est iungendus principio le gis ut uult Bar.

Versic. quod non usque adeo, moderatur uersiculum præ cedentem.

Lex placet nobis, legenda est seriatim prout scripta est. Iul. arbitror has conclusiones posse facile defendi. Fab. facillime.

CCXXXVI. Declaratio Aut. ad hæc. C. de iudi. & §. illud etiam rect. in Aut. ut defuncti funera. per dialogum

IVl. iam satis in hoc mihi fecisti, uelim si non sum tibi molestiæ, hoc etiam mihi declarari. Fab. quid? Iul. si memoria teneo, dictum est supra, causas à trecentis aureis supra posse quo ad processum delegari, debet tamen delegans audire causam in principio semel, in medio semel, semelq; in fine, in Aut. ad hæc. C. de iudi. Fab. non fallit te memoria, ita enim ex sententia Bar. in. d. §. ubi decretum, dictum est. Iul. est ne hoc uerum? Fab. minime. Iul. non ne manifestissime hoc in. d. Aut. probatur? Fab. certe non. Iul. quid igitur uult illa Aut. explica quæso. Fab. explicabo, audi, illa Aut. &. §. illud etiam recte in Aut. ut defuncti seu funera &c. non loquitur de iudice delegato, sed de consiliarijs, seu assessoribus, seu de pedaneis iudicibus, hæc enim appellationes ferè idem significant, ut not. gl. in. d. §. illud. Aut. adhec non loquitur de iudice delegato sed de pedariis

Consiliarij dicuntur, eo quod eorum consilio administratores, seu præsides iudicant, ut asserit glo. in. d. §. illud super uerbo consiliarios, facit tex. in Aut. de iudi. §. iudices, ibi dicitur, consiliarijs suis commiserit particulares examinationes, ipse pro omni negotio iudicium portaturus. Hi autem consiliarij, non habent iurisdictionem, nec propriam, nec mandatam: Assessores appellantur, eo quod ad præsides, hoc est iuxta præsides inferiori tamen loco, assidere solent, uulgo dici solent, collaterales. §. nostris in Aut. de iudic. Quid autem sit eorum officium, patet in titulo &. l. 1. ff. de offi. assess. Iul. dic quæso, in quibus causis horum officium constet. Fab. in cognitionibus, hoc est cognoscit, assessor, quid iuris in causa esse debet, ea quæ sunt legum explicans, & is cui assidet, ab illo discit, quæ in iudicando eloqui decet, deinceps iudicat ipse præses. §. ille. Aut. de iudic. ita glo. in. d. l. i. Iul. nonne aliquo iure hoc probare potes. Fab. possum certe, uide si tibi cordi est. §. nos igitur, cum sequē. Aut. de iudic. constat etiam huiusmodi assessorum seu pedaneorum officium, in postulationibus. hoc est ut uideat, an sit infamis qui postulat. an non, & alia circa hoc facit, quæ gl. ibi enumerat, uide obsecro glo. in. d. l. i. de offi. asses. quæ declarant, circa quem assessorum officium uersatur. Iul. quamobrem. & hi ap

C[on]siliarij iudices qui

Assessoris officium

pellantur iudices pedanei. Fab. non pedanei, sed pedarij ex G lii sententia, lib. iij. cap. xviij. dicendi sunt, & dicuntur pedar quod is magistratus non uehatur curru, sed pedibus profic catur in forum, & humiliora negotia disceptat. l. fi. C. de ped iud. quemadmodum Senatores, qui curulem magistratum ges sent, curru solitos honoris gratia, in curia uehi, dicit Gel quo curru, sella esset supra quam considerent, ob eam caus curulis appellabatur, sed eos Senatores, qui magistratum c rulem nondum cæperant, pedibus itauisse in curiam, hanc causam pedarios nominatos, ita minores iudices, qui pedib in forum ibant, pedarii appellabantur.

Pedarii iudices non pedanei dicendi sunt.

Nota q̃so illud uerbũ disceptāt in .d. l. fi. Iul. quãobrē. Fa ꝙ huiusmodi uerbum idem significat, quod disputo & cont do. Iul. quid tum. Fab. ex eo uerbo, constat officium assessor seu pedariorum iudicum, in audiendis disputandisq́ꝫ causis n autem in iudicandis uersari. Iul. ergo, hæc tria nomina idem si gnificant. Fab. idem fere, ut dixi, & ostendit ille. §. illud etiam, iuncta glo. super uer. ab alijs. Iul. possunt ne isti in causa iudicar re. Fab. si sententiam glo. in. d. l. i. de offi. asses. sequimur, non possunt. Iul. est ne tenenda illius glo. sententia. Fab. cur no cum eam, & Bar. & Ias. sequatur. Iul. quæ nam est ratio, quam obrem non possint, iudicare. Fab. quia nec ordinariam, nec delegatam habent iurisdictionem, ut ijdem dicunt. Iul. quam obrem igitur præsides, & administratores hos sibi adiungunt. Fab. ut eorum consilio in caussis utantur, putant enim horum prudentiam, ac scientiam, sibi esse necessariam. l. i. C, de assel. sunt enim præsides, plerumque illiterati, ut ait glo. in Aut. de iudic. §. nostris. Iul. sed quid si præsides seu administratores occupatio tionibus rerum, seu principis iussis, sunt impediti. Fab. pote runt id agere quod ex principis constitutione tributum est. Iul. cuius principis. Fab. Iustiniani inquam. Iul. ubi nam. Fab. in d. §. illud. Iul. dicas quæso, quid eis tributum est. Fab. possunt co gnoscere causas, totumq́ꝫ processum ordinare, dum modo co testatiões litium apud administratores, siue minores sint, siue m iores, fiant, deinde in medijs litibus, rursus res mori negotia administratoribus seu præsidibus audiatur, ut ea, quæ examina ta sunt, cognoscant, cum uero prope sententiam diffinitiuã ad peruentum, huiusmodi consiliarij, seu pedarij iudices, sine adm nistratoribus nihil audire debent, sed ipsosmet administratores audire, quæ excussa, seu examinata sunt, & consequenter, eos

Pedarii seu assessores iudicare nõ possunt.

iudicare oportet : Hic est uerus sensus.d.Aut. ad hæc & d.§.illud, unde sumpta est.d.l.fi.C.de peda.iudi.Iulius est ne hic nouus sensus. Fab.non profecto, sed nonnulli antiqui hoc etiam senserunt.Iul.non ergo loquitur quãdo iudex uult delegare causam. Fab. certè non. Nam quando præsides seu iudices possunt delegare causam, possunt totam mandare, nec oportet ab eis aliquid in ea fieri, ut dictum est supra, in declaratione.d.l.placet, & is cui mandatur, nec pedaneus, nec consiliarius iudex appellatur, sed iudex delegatus.l.à iudice.C.de iudic. Iul. dicas quæso mi Fabi, non ne, & pedarij iudices possunt suo iure causas audire, easque sententia finire. Fab. possunt profecto, sed non omnes causas. Iul. & quas. Fab. eas, quę trecentos solidos non excedunt, §.audient, in Aut. de iud. Iul. possunt ne huiusmodi causas nemine iudicum mandante audire, finireq́. Fab. possunt inquam. Iul. sunt igitur ordinarij. Fab. certe. Iul. si ordinarii cur pedarij appellantur. Fab. quia ordinarij, maiores uti administratores, & pręsides, curru utebantur his uerò, & si ordinarij essent, curru uti minime licebat, sed pedibus ibant in forum, ideo pedarij appellati sunt. Iul. ergo omnes pedarij, usque ad trecentos solidos poterant esse ordinarij. Fab. minime, sed hi solum qui ab Imperatore erant electi, ut.d.Aut.de iud.§.uetus. Cui mandata ẽ causa nõ dicitur nec pedarius nec consiliarius

Iul. eligebantur ergo ab Imperatore. Fab. certe. Iul. & quænam fuit electionis origo. Fab. dicam, audi nec interpellato. Iul. tacebo, sed si quid dubij occurret, non ne sines me rogare Fab. etiam Iul. incipito. Fab. olim à Zenone electi fuerunt pedarij iudices, quidem iuris periti, causarumque experimentum habẽtes, his mortuis, cæperunt eligi legum ineruditi, nec causarum experientiam habentes, nec ęquum, ab iniquo, nec licitum, ab illicito discernere sciebant, id quod, non paruũ rei publicæ afferebat incõmodum, quamobrem, á Iustiniano deinde, ut rei publicę consuleretur, fuerunt electi duodecim legum peritissimi, è quibus, octo ex minori ordine, quatuor ex maiori erant, quorum nomina enumerantur in illius cõstitutione. Iul. ignosce quæso, si interpello, ubi nam est, hæc constitutio, aueo enim illorũ nomina nosse. Fab. tam cito interpellas, constitutio est in Aut. de iud. Iul. perge quæso. Fab. his inquam iudicibus, pedarijs ita ut dictum est appellatis ex ea Iustiniani cõstitutione specialiter tributum est, ut per se eorumq́ iure possint causas usque ad trecentos solidos audire finireue, Eisq́ mandatum est, ut mane, deinde meridie, postremo uesperi sedentes, eiusmodi causas au- Nõ quare pedarii eligebãtur ab Imperatore

dirent. Iul. cogor interrogare. Fab. interrogato. Iul. ubi nam hęc legam. Fab. in d. Aut. de iud. in. §. sedebunt, & d. §. audient. Iul. prosequere obsecro. Fab. tibi morē geram.

Pedarii iudices ordinarii

Voluit itaq; Iustinianus hos duodecim post suos administratores, esse pedarios iudices, & usque ad dictam summam ordinarios, quibus negotia, ut sibi uidebatur, delegabat, & si quis ex administratoribus suis, uoluisset causas iure magistratus in quam sibi competentes, alteri mandare, oportebat, ut uni, ex illis duodecim pedarijs iudicibus, mandaret, & nulli alij mandare poterat. Et ne me interpellare cogaris, legito hoc in d. Aut. de iudi. §. iudices. ubi obseruato illa uerba, nostrorum iudicum, capi pro nostris administratoribus, licet glo. ibi ita non sentiat, dicas tu ita.

Si quis nostrorum iudicum. hoc est nostrorum administratorum. Iul. non irascaris quæso, non possum quin interpellem. Fab. quid dubij est. Iul. unde hanc interpretationem contra glos. sumis? Fab. ex illo. §. iudices. Iul. quomodo? Fab. ibi enim dicitur post nostros administratores, deinde dicitur, si quis autem nostrorum iudicum, hoc est administratorum, repetendū enim est, illud uerbum administratores, in principio positum, arg. l. qui filiabus. ff. de leg. i. Iul. ergo administratores & præsides non poterant cui uolebant causas iure magistratus competentes mandare? Fab. nonne dixi, dormitabas fortasse. Iul. dicito rursus. Fab. non non, sed electis ab Imperatore dumtaxat ut. d. Aūt. de iud. Iul. poterat ne administrator, siue præses uni ex illis, mandare causam siue magnam, siue paruam. Fab. etiam maximam. Iul. & cognitionem & sententiam. Fab. etiam.

Pedarii ordinarii habēt iurisdictionem propriam usque ad solidos trescentos

Iul. Dixeras paulo ante, illos non posse, nisi usq; ad trecentos solidos iudicare, audiuene. Fab. dixeram illos iure proprio, nullo mandante habere causarum notionem à principio ad finē usq; ad trecentos solidos, & hoc ex principis constitutione. Iul. ergo huiusmodi causarum notionem, alteri mādare nō possunt, cum eis specialiter ex principis constitutione traditum sit. Fab. rectè sentis, obstat enim illis lex. i, ff de offic. eius, in prima regula, de qua sæpius dictum iam est.

Sed si eis mandabatur ab administratoribus causa pecuniaria etiam maxima, poterant illam non uti ordinarij, sed uti delegati decidere, ut supra alibi dictum est. Iul. non quiescit animus, dicas obsecro. si administratores mandaturi erant aliquas causas cogebantur ne præcisé mandare uni ex illis. Fab. non, sed poterant

erant mandare suis cõsiliarijs. Iul. totam ne causam Fab. non sed particulares examinationes cognitionemq́ causæ, aliaq́ de quibus 1.l.1 ff de offic.asses. sententiam uero non, sed oportebat ipsos administratores referentibus consiliarijs, seu assessoribus quæ uiderant, sententiam ferre.d.§.iudices,in fi.& d.§. illud etiam ut defuncti seu funera & c. Iul. collige quæso ex paulo ante dictis summatim aliquas conclusiones. Fab. libentissimè faciã, animaduertito. Præsides respo terãt õpe dãtis suis causas sed nõ sẽtẽtiã mandare

Aut. ad hæc .C. de iud.& §.illud etiam rectè & Aũt.ut defuncti seu funera & c.non loquitur de iudice delegato,sed de cõsiliarijs,seu assessoribus,sed de pedarijs iudicibus.

Iudices pedarij,seu consiliarij possunt audire causas,non autẽ de his iudicare.

Iudices pedarii seu consiliarij nec delegatam,nec ordinariam habent iurisdictionem.

Administratores seu præsides,occupationibus impediti possunt consiliarijs,seu pedarijs iudicibus mandare causarum cognitionem,dummodo ipsi audiant in principio, & in medio, & in fine sententiam ferant.

Iudices quibus ex principis constitutione, usq; ad trecentos aureos, iurisdictio tributa est, dicuntur pedarij, suntq́ ordinarij.

Iudices pedarij ordinarij, eorum iurisdictionem mandare non possunt.

Non omnes pedarij erant ordinarij, sed electi ab Imperatore dumtaxat.

Præsides seu administratores poterant causas iure magistratus sibi competentes pedarijs iudicibus ab Imperatore electis totas delegare Pedarij iudices, iurisdictionem quam habebant, usq; ad trecentos solidos alteri mandare non poterant. Iul. putas ne has omnes conclusiones ueras esse. Fab atqui ut ex supra dictis facillime potest perspici. Iul. ni tibi molestum esset, cupere & alia audire. Fab. immo gratissimum erit, sed quæ sunt, quæ audire aues.

CCXXXVII. Declaratio an delegatus possit subdelegare per Dialogum.

IVL. Disputari sæpe audiui, an delegatus possit subdelegare & magna super hoc est contentio, tu quid sentis. Fab. magna profecto, ut ais, contentio, sed ferè omnes consentiunt a delegato posse delegari.

Iurisdictionem sibi mandatam alii mãdare nemo potest.

Tu uero ita habeto, mandatam sibi iurisdictionem, mandare alteri neminem posse. Iul. qua nam id authoritate probas? Fab. Paulus hoc ad uerbum scripsit in. l. mandatam .ff. de offi. eius. Iul. quid est in causa? Fab. quia qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius qui mandauit, iurisdictione utitur, hæc sunt uerba Papiniani in .l. i. §. qui mandatam. Iul. quid tum. Fab. quid tum? dic quæso, si proprium nihil habet, potest ne aliquid in alium transferre. Iul. non, ut arbitror. Fab. probe sentis, nam & Vlpianus hoc etiam sentit in. l. traditio. ff de acquir. rer. dom. Iul. si nihil proprium habet, quomodo causæ cognitionem exercebit. Fab. non ne dixi, utitur mandata iurisdictione. Iul. quomodo utetur eo quod non habet. Fab. si habeo equum, & eum tibi commodo ut eas Romam nonne tu illo uteris. Iul. utar profecto. Fab. & tamen nec proprietatem, nec equi possessionem habes, nemo enim commodando rem, facit eius cui commodat. l. rei commodatæ cum sequen. .ff commod. non ne ita est. Iul. negari non potest. Fab. ita si is qui propriam habet iurisdictionem, alij eam mandet, hoc est committat, hoc enim significat mandare, nec eius proprietatem, nec quasi possessionem in alium transfert & consequenter non facit propriam illius cui commodauit iurisdictionem, quemadmodum dictum est in commodato.

Iurisdictione sibi mãdata quõdo quis utat

Iul ergo is cui mandata est iurisdictio, nihil agere potest. Fab. immo potest. Iul. quidnam. Fab. utetur ea, ut supra dixi. quemadmodum commodatarius utitur equo. Iul. quid ex hoc sequitur. Fab. hoc quod non potest illum usum in alium transferre, quemadmodum is cui commodatus est equus, non potest iure illum alteri accommodare, committeret enim furtum .l. qui re. ff. commod. impossibile est Iuli mi si habeo dumtaxat rei usum, ut eum in alterum transferam, nam si alter illius rei usum haberet, non esset ille usus quem ego habeo, nam dum tota re ego

utor, alter ea uti non potest, quemadmodum in uehiculo dici solet. l. si ut certo. §. si duobus uehiculum ff. commod.

Habet igitur is cui commodata est iurisdictio, ipsum uti dũtaxat, quod alteri cedere non potest, arg. à simili sumpto, in fi. princ. Inst. de usu & habitat.

Iul. ergo is cui mandata est iurisdictio non habet eam iure suo. Fab. probe dicis, habet eam alieno beneficio. l. more maiorum. ff. de iurisdict. om. iud. Iul. non ne quilibet ordinarius beneficio alieno iurisdictionem habet, & tamẽ eam alteri mandat. Fab. non ita est, nam præsides alijq́ ordinarij proprio non alieno beneficio iurisdictionem habent: huiusmodi enim beneficiũ est ipsis præstitum, seu concessum a lege, uel senatusconsulto, uel principis constitutione, est igitur beneficium proprium non alienum.

Iudices ordinarii qui dicantur habere iurisdictionẽ iure proprio

At delegatus iurisdictionem habet alieno beneficio, hoc est beneficio non sibi, sed alij concesso, Exempli causa, si do equum Petro, hoc beneficium est Petri, hoc est ipsi Petro concessum, & dicitur habere equum iure suo. At si deinde Petrus commodaret Titio equum, Titius uteretur equo non beneficio suo, eo q́ equus sit ei datus, sed beneficio alieno, hoc est beneficio primum Petro concesso. hoc ipsum uoluit Iulianus in. d. l. more maiorũ, dum ait, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet.

Hoc ipsum etiam confirmat Imperator in. l. à iudice. C. de iudic. dum ait, cum ipse iudiciario munere fungatur, nam delegatus fungitur munere iudiciario, munere inquam, hoc est dono, seu beneficio iudici ordinario concesso.

Summa hęc sit.

Beneficium alienum capitur hic passiue, hoc est beneficium alij ab aliquo concessum, non autem actiue, ut intelligatur beneficium alienum, quod alius alicui concessit. Et quod ita interpretãdum sit, ostendit tex. in. l. solet. ff. de iurisdict. omn. iud. Vbi Vlpianus ait, is cui mandata est iurisdictio, fungitur uice eius, qui mandauit, non sua. Iul. Nemo igitur ex ordinarijs alieno beneficio iurisdictionem habet. Fab. nemo prorsus, sed suo beneficio habent, Hanc ob causam eam mandare possunt. Iul. ergo iudex datus, iudicem dare non potest. Fab. procul dubio. Iul. tua igitur sententia is, cui mandata est iurisdictio proprium nihil habet. Fab. non mea, sed Papiniani, hoc uerum est, ut. d. §. qui mandatã, si igitur proprium nihil habet, nihil alteri mandare

Beneficium quodo [illegible] igitur proprium & alienum

potest. Hoc ipsum uoluit Paulus in .l. & quia .ff. de iurisdi. omn. iud. Vbi reddens rationem, quamobrem is cui mandata iurisdictio non potest mandare, ait, Et quia nec principaliter iurisdictio data est, ne exponas principaliter, hoc est à princip. ut dicit glos. sed dicas principaliter, hoc est præcipue, hoc est ante alios. Non enim is cui mandata est iurisdictio, præcipue ei data est, hoc est ante alios, nam ante, eadem data est ordinario, quando uero datur ordinario, datur præcipue, quia ante, nulli data est. Et nota illud uerbum data, nam dare est dominium, seu quasi transferre . §. sic itaq; discretis. Institu. de action.

Principaliter quomodo intelligatur in lege & quia

Subdit Paul. nec ipsa lex defert, hoc est, nec lex concedit, ut possit dare iudicem. Iul. qui igitur possunt dare iudicem.

Fab. hi quibus lege, uel senatusconsulto, uel principum constitutione conceditur. l. cum prætor. ff. de iud. Iul. cui nam hoc lege conceditur. Fab. Proconsuli, præsidibus, hisq; similibus. d. l. cum prætor. Iul. sunt ne alij. Fab. etiam, possunt enim & hi quibus more id concessum est, more inquam, hoc est tacita lege, mos enim lex quædam est. l. i. C. de emancip. & ibi not. Iul. qui sunt hi. Fab. præfectus urbis, cæteriq; Romæ magistratus. Iul. ergo omnes magistratus possunt dare iudicem. Fab. minime, sed hi dumtaxat, quibus lege uel tacita, uel expressa, concessum est. Hoc ipsum innuit illud relatiuum cæteri, quod est simili um repetitiuum iuxta glos in. l fugitiui. C. de seru. fugi. est. n. relatiuum diuersitatis, refert enim antecedens diuersum a consequenti esse eiusdem generis uel speciei, cum ipso consequenti.

Mos lex est tacita

Nam si dico amo laurum, & cæteras arbores, significo laurum esse arborem: ita hic cæteri magistratus intelliguntur hi, qui sunt eiusdem speciei, hoc est quibus lege expressa, uel more, hoc est, tacita lege, hæc iurisdictionis species, scilicet dandi iudicem concessa est.

Nam ut supradictum est, licentia iudicis dandi, est species iurisdictionis legalis per se & his solum competit, quibus lege uel senatusconsulto, uel more concessa est, ergo alijs non competit

Legat' proconsulis quare possit dare iudicem

Iul. quid ais mi Fabi, non ne legatus proconsulis potest dare iudicem. l. legatus. ff. de offic. procons. Fab. atqui, sed ipse legatus est quasi socius proconsulis, proconsul enim a prin

cipio usque ad finem legatum habere debet .l. obseruare .§. post hęc & .l. meminisse .§. legatum .ff. de offic. procons. & habet officium suum sicut proconsul suum, ideo dicitur in rubrica de offic. procons. & leg. & mandata iurisdictione a proconsule, ipse legatus habet propriam iurisdictionem, ut patet in .l. legati .ff. de offic. procons. Vbi Pompo. ait, legati procõsulis, nihil proprium habent, nisi á proconsule eis mandata sit iurisdictio, ergo mandata iurisdictione, eam propriam habent, arg. a contrario sensu quod ualet, & hoc tenet ibi glos. in ultima solutione, & etiam patet in .l. cognitio .§. cum propriam .ff. de offic. eius.

Vbi Iureconsultus in hæc uerba ait, cum propriam iurisdictionem legatis tuis dederis, nota illud uerbum, dederis mi Iuli quod, ut dictum est, dominij, seu quasi translationem demonstrat. d. §. sic itaque discretis. Inst. de actio.

Cum igitur proconsul propriam iurisdictionem habeat, etiã eam speciem, quæ licentia iudicis dandi dicitur, habere, habet inquam sibi lege concessam, & illam dat, ac in delegatum transfert. d. § cum propriam, merito delegatus alteri mandare potest, nam qui iurisdictionem propriam & suo iure habet, eam mandare potest. d. l. more maiorum. cum sequent. ff. de iurisdict. om. iud.

Iul. ex supradictis facillime perspici potest, eum qui iure alieno iurisdictionem habet, alteri mandare non posse. Fab. ita certe. Iul. nonne concedis iudicem a principe datum posse iudicem dare. Fab. prorsus concedo, est .n. clarum .l. a iudice .C. de iudi. Iul. dicas quęso, non ne & hic alieno beneficio habet. Fab. non, immo proprio. Est enim huiusmodi beneficium a principe ipsi concessum.

Iul. mihi uidetur & principem alieno beneficio iurisdictionem habere, habet enim beneficio populi .l. 1. ff. de constit. prin. Fab. hui si ita esset, nec princeps delegare possit. Iul. ita sentio Fab. non probe sentis, nam procul dubio delegari potest. Iul. ergo falsum est, quod dicitur, qui alieno iure habet, mandare nõ potest. Fab. immo uerum, sed ut ueritas explicetur, dicas quæso, si Titius dedit mihi fundum, dedit ne usum fructum, uiam, iter actum &c. Iul. non profectò, hæ enim sunt seruitutes, & res sua nemini seruit. Fab. probe dicis, non habeo igitur has seruitutes. Iul. non in actu. Fab. potero ne alij uiam, iter & c. ex eo fundo constituere. Iul. procul dubio testis est tit. ille de ser.

ruſt. præd. Inſt. & . ff. Fab. ubi igitur erant. Iul. in fundo po teſtate, ſeu potentia. Fab. ſcitè loqueris, concedam ne alter hæc alieno iure, aut beneficio meo. Iul. tuo prorſus. Fab. fundum quonam beneficio habui. Iul. Titij.

CCXXXVIII. Declaratio, quare princeps poteſt delegare, cum habeat à populo iuriſdictionem.

FAb. audi igitur nunc quæſo mi Iuli, populus Romanus c tulit in principē illam ſupremam poteſtatem. l. i. ff. de conſt. princip. quæ poteſtas, continebat omne imperiũ, omnemq; iurisdictionem, ut ſupradictum iam eſt, continebat inquàm potentia, non actu, quemadmodum fundus continet uiam, iter, actũ. Iul. ergo populus non dedit principi iurisdictionem in actu. Fab. non, ſed poterat ex illa ſuprema poteſtate, ſicuti illius dominus, dare alteri,* quam uellet iurisdictionis ſpeciem, ſicuti dominus fundi, poteſt alteri dare, iter, uiam, ex illo.

Iul. ſi ita eſt, ergo princeps iuriſdictionem exercere non poterat. Fab. non rectè ſentis: nam quemadmodum dominus fundi poteſt ire per fundum, colligere ex eo fructus, facere aquæductũ, & huiuſmodi, non tamen iure ſeruitutis & id facere poteſt, multo magis, quàm hi, quibus hęc conceſſa ſunt.

Ita princeps, in illa ſuprema poteſtate ſibi à populo conceſſa, poteſt omnia facere, quæ poſſunt præſides, cõſules, rectores, aliiq; adminiſtratores, & multo potẽtius, quę enim poteſt ſecunda cauſa, mediante prima, multo magis poteſt, & ipſa prima, etiam ſine ſecunda, Iul. quid tum. Fab, quid tum. hinc facile conſtat eum, cui princeps mandat, propriam habere iuriſdictionem, quemadmodum is, cui dominus fundi conſtituit uſumfructũ, habet proprium uſumfructum, & quemadmodum is, qui uſumfructum habet, poteſt alij, ut puta Petro. fructuum perceptionem concedere, non autem uſumfructum. §. finitur: & ibi not. Inſti. de uſufruc. et tamen Petrus perceptionem illam alteri concedere nõ poteſt.

Ita is, qui à principe propriam iuriſdictionem habet, hoc eſt delegatus poteſt alteri mandare, ut ea utatur. d. l. à iudice. Iul. ergo delegatus à principe nihil differt ab ordinario. Fab. nihil prorſus in hoc, uterq; enim habet iuriſdictionem propriam, ſed

ille ordinariam, hoc uero extraordinariam, ille habet plures iurisdictionis species hic potest unam tantum habere, potest enim princeps unam speciem, seu unam causam alij concedere. Iul. ergo delegatus delegare nō potest, Fab. ita omnino est, Iul. & quid si uniuersitas causarum alicui est delegata. Fab. nec is, quidem poterit subdelegare, Eadem enim ratio est in isto, quæ & in eo, cui una species delegata est, sequitur ut idem sit existimandum. l. illud. ff. ad. l. aquil. neuter enim habet propriam iurisdictionem. d. l. qui mandatam, sed uterq; uice mandantis fungitur. d. l. solet, ut ex supradictis facillime potest perspici.

Delegat⁹ cui uniuersitas causarum delegata est nō potest subdelegare.

Iul. nemo igitur delegatus potest delegare. Fab. nemo prorsus, nec is, quidem cui causarum uniuersitas mandata est. Iul. cogor, & si nolim, assentiri, sed huic sententiæ uidetur obesse. l. 1. §. ab eo, iuncta glos. ff. quis & à quo, Fab. bene dixisti, uidetur. Iul. non ne obest. Fab. si ita, ut multi aiunt, intelligatur, obest profectò, si uere minime. Iul. duplex est igitur illius legis intellectus. Fab. atqui, sed quemadmodum corpus non potest habere nisi unam animam, ita lex non potest nisi unum habere sensum. Iul. dic quæso quis nam is est? Fab. dicam, audi, & ut ueritas facillime explicetur, sic habeto.

CCXXXIX. Declaratio .l. i. §. ab eo, iuncta glos. ff. quis & à quibus.

Omnis ars, omneq; officium, proprijs eget instrumentis, ut .i. polit. & supra demonstratum est.

Instrumentorum autem, quædam animata, quædā inanimata sunt, Aristo. ibidem, & patet in arte nauigandi, remi, enim, temo, uelum, aliaq; eiusmodi instrumenta sunt inanimata. Animata uerò instrumenta sunt, qui remos ducunt, qui temonem gubernant, aliiq; nautæ. Iul. quorsum hæc? Fab. ne interpellato. Iul. taceam. Fab. Item opus magis artifici, quàm instrumento ascribitur, item qui facit per alium, est perinde, ac si per se ipsum faceret regul. qui facit per alium, de reg. iur. in sexto, & l. 1. §. deiecisse. ff. de ui & ui arma, ille enim alius, est uti instrumētum, multa enim per amicos, quasi per instrumēta aguntur, Arist. i. Ethic. adiuuat hoc doctrina Bar. in .l. si unus. §. seruus in. i. col. ff. de iniur. ubi ait, si mando tibi, ut aliquid honesti facias, tu (suscepto mandato) necessitate quadam ciuili id agis, es enim ad

Instrumētorum quædā animata & quædam inanimata.

hoc obligatus, id igitur quòd à te agitur, ego dicor facere.

Nunc in proposito, si Titius ordinarius iudex mandat iurisdictionem Sempronio, Sempronius proprium nihil habet, sed Titij iurisdictione utitur, l. i. §. qui mandatam, de quo supra dictum est, & d. l. solet in fin. si Sempronius, qui est instrumentum Titij animatum ferat sententiam, erit perindè ac si ipse Titius ferret, reg. qui facit per alium.

Sētētia lata a delegato habet ac si à delegante eēt lata

Hoc autem expresse apparet in. l. fi. C. ubi & apud quem, ut uideatur ipse, qui iudicem dederit, in integrum dare restitutionem, & ibi glos. non enim Sempronius suo iure, sed alieno beneficio id agit. Quid ad hæc dicis mi Iuli. Iul. cogor, ita esse fateri. Fab. si igitur, perinde est, ac si Titius, qui mandauit tulisset sententiam, non est iustum, ut ipse à se ipso prouocetur, ergo à Sempronio delegato prouocandus est is, qui à Titio ordinario prouocaretur. Is autem erit princeps, seu aliquis superior, hic sensus. d. §. ab eo.

Et ut facile intelligatur ita facito glos. retento exemplo supra posito, Ab eo, hoc est, à Sempronio delegato, deinde sequitur, quis, scilicet Titius ordinarius, mandauit iurisdictionem, mox subditur, non ipse prouocabit, ipse, hoc est Titius ordinarius, ratio, quia ipse uidetur tulisse sententiam, ponitur deinde ratio ibi nam & generaliter is, erit prouocandus, is puta princeps, ab eo, cui mandata est iurisdictio, ab eo, hoc est Sempronio delegato, subdit, qui prouocaretur ab eo qui mādauit, qui, puta princeps, ab eo, hoc est á Titio ordinario. Iul. clarè explicasti, leg. in illā, & mihi iā persuasum est, à nemine delegato posse delegari. Fab. ita proculdubio est.

Iul. sed aliquantulum uidetur obstare tex. in. l. unica. C. qui pro sua iurisdictione in fi. ubi, si iudices à principe dati causam alicui delegant, appellationum iudicia, remeant ad eos delegantes, non autem ad principem. Fab. si legis ibi literam ad eos, certè obstat, sed non ita legendum est.

A nullo delegato pōt delegari

Iul. & quonammodo? Fab. legito ad nos. hoc est ad principem, & ita glos. intelligit, dum dicit alias, ad nos: Quod autem legendum sit ad nos, non autem ad eos, facile ex supradictis perspicitur, Nam si delegatus à principe subdelegat, subdelegatus nihil proprium habet, sed mandantis iurisdictione utitur. d. l. i. §. qui mandatam. ff. de offic. eius. quando igitur, subdelegatus fert sententiam eam fert, uti instrumentum subdelegantis, & est perinde, ac si delegans tulisset, nam qui facit per alium, est perinde, ac si per

ſi per ſe ipſum faceret. d.regul. qui facit per alium. de reg. iur. in ſexto, & ſupra demonſtratum eſt. Quando igitur appellatur à ſubdelegato, eſt perinde, ac ſi à ſubdelegante appellaretur: abſurdiſſimum igitur feret, ſi is, à ſe ipſo prouocaretur, prouocandus eſt, igitur princeps etiam à ſubdelegato. Iul. bene ueteri prouerbio dicitur, Fab. quid? Iul. ueritas eſt filia temporis. Fab. quãobrem hoc dicis. Iul. quia in hunc diem ſupradictorum ueritas inter ſpinas latuit, & uero omnia, quæ dicuntur ſunt conſentanea, quæſo mi Fabi collige ex ſupradictis aliquas concluſiones. Fab. morem tibi geram, audito.

Veritas filia tẽporis

Cõcluſiões

Nemo poteſt iuriſdictionem ſibi mandatam alteri mandari.

Qui mandatã iurisdictionem ſuſcepit. propriũ nihil habet.

Is cui mandata eſt iurisdictio, non ſuo, ſed alieno beneficio, ea dumtaxat utitur.

Præſides, aliiq́ ordinarij iudices, non alieno, ſed ſuo beneficio iurisdictionem habent.

Beneficium alienũ eſt, quód alij conceditur, non quod alius alicui concedit.

Non omnes magiſtratus, ſed hi dumtaxat poſſunt dare iudicem, quibus lege expreſſa, uel tacita, uel senatuscõſulto, ſeu principis conſtitutione conceſſum eſt.

Legatus proconſulis, propriam habet iurjsdictionem & ideo eam mandare poteſt.

Iudex à principe datus, iuriſdictionem proprio beneficio habet, hanc ob cauſam, poteſt delegare.

Iudex à principe datus habet propriam iurisdictionem ſicut ordinarius, & uterq́ poteſt alteri mandare, & in hoc alter ab altero non differt.

CCXL. Declaratio. §. fi. Inſtitut. de uulg. ſubſtit.

MEmini me bis publicè legere hunc. §. & inuitus ferè ſecutus ſum, & glos. & aliorum intellectum, ſed nunc tertium legens hunc. §. non poteram communi intellectui aſſentire. Quamobrem animo reuóluens, & hunc. §. & legem ſi paterfamilias. ff. de hæred. inſti. inueni tandem, ut arbitror, uerũ ac ſine ambagibus huiuſcemodi. §. ſenſum.

Erit igitur huius. §. ſpecies talis facti.

Teſtator quidam inſtituit ſeruum Sempronij, nomine Seium quem quidem ſeruum, ipſe teſtator abitrrabatur eſſe patremfa lias, ideſt hominem liberū, deinde ei ſubſtituit, inquiens, ſi Se mihi hæres non erit, Meuius mihi hæres eſto, mortuo teſtator Sempronius dominus iuſſit ſeruum ſuum adire hæreditatem, adiit, quapropter Sempronius putabat totam hæreditatem per ſeruum acquiſitam, Meuius uerò ſubſtitutus adiuit, & etiam hæreditatem, dicens eam ad ſe iure ſubſtitutionis delat eſſe: Illis enim uerbis dicebat ipſe, ſi hæres non erir, in hom libero nil aliud intelligitur ſignificare, quam ſi hæreditatem ſibi non acquiſiuerit, uel mutata conditione, ideſt poſtea, in ſer tutem reductus, alium per ſemetipſum hæredem non fecerit. paterfamilias. ff. de hæred. inſti. & .l. cū proponas. C. eo. ibi, ſemetipſum, hoc eſt miniſterio ſuo, arg. l. quòd meo. ff. de acqui poſſeſs. Sed Seius ſeruus, quem teſtator credebat eſſe ingenuum nec ſibi hæreditatem acquiſiuit, nec poſtea, factus ſeruus alium fe cit hæredem: Extitit igitur conditio, ſub qua facta eſt ſubſtitu tio, meritò igitur ad me ſpectat hæreditas, dicebat ſubſtitutus.

Verba ſi hæres nō erit quomodo intelligantur in libero homine

At Sempronius contra, aſſerebat enim hæreditatem ſibi omni no, aditione ſerui, acquiſitam: hoc enim ſermone, dicebat ipſe, ſi hæres non erit, in eo qui uere eſt ſeruus, nil aliud ſignificare intel ligitur, q̄ ſi alium hæredem non fecerit. ſua aditione, uel poſtea, mutata conditione, ideſt effectus liber, ipſe hæres non erit, ſed ſer uus meus, iuſſu meo adiuit hæreditatem, & ita alium fecit hære dem, hoc eſt dominum ſuum, et ſic defecit conditio, ſub qua fuit ſubſtitutio concepta, conſequens igitur eſt, Meuium ſubſtitutu eſſe reiiciendum, & ad me omnimodo integram pertinere hære ditatem.

Imperator uiſa controuerſia inter Sempronium, & Meuium ſubſtitutum, eundem Meuium in partem eſſe admittendum con ſtituit, tenens mediā quandam uiam, id quod faciendum eſt, quā do hinc inde ſunt urgētes rationes, ut erant in hoc. §. & not. in. l. Neſenſius. ff. de neg. geſt.

Media uia quando eſt tenenda.

Quærit glos. in quotam partem ſit admittendus Meuius, re ſpondet hæreditatem diuidendam eſſe in duos ſemiſſes, & iterū alterum ſemiſſem diuidendum inter Sempronium dominum ſer ui, & Meuium ſubſtitutum.

Rurſus quærit, quid de altero ſemiſſe faciendum ſit, reſpondet dandum eſſe dominum Seij, cum reuera eſſet ſeruus, licet teſtator opinatus fuerit, eum eſſe liberum, ueritas enim inquit glos. op

nioni præferenda est,& ut ita glos decideret,fuit in causa l.si paterfamilias.ff.de hæred.insti.in qua tempore glos. deficiebat uerbum quoddam,ut statim dicetur. Veritas præferenda est opinioni

Huiusmodi glos.& Doc.intellectus mihi nequaquam placet, nec ex tex.elici potest,si enim hoc uoluisset Imperator, utique dixisset,sicut Iulianus expressit in d.l.si paterfamilias.

Erit igitur alter uerus,& simplex intellectus in quo nihil subintelligendum est:is talis est Imperator dicit Meuium substitutũ in partem admittendum,dicas tu,in partem scilicet, dimidiã hæreditatis,partis enim nomen,si non fuerit portio aliqua adiecta, dimidium intelligitur.l.nomen filiarum.ff.de uerb.sig. Quamobrem in §.nostro tota hæreditas diuidenda est in duas partes, quarum una Sempronio domino serui, altera Meuio substituto danda est,& si hoc modo intelligatur sensus erit planus, et nihil erit sub intelligendum. Cessabuntque scribentiũ opiniones,quærentium quid de altero semisse faciendum sit.

Nec obstat sententiæ nostræ decisio Iuliani in.d.l. si paterfamilias,à qua glos.fuit decepta.

Ibi enim species facti ea est, quæ longe distat à casu.§.nostri. Hic enim fuit solus Seius seruus Sempronij,institutus,nullum.n. habuit cohæredem,solusque Meuius fuit substitutus, & propterea Meuius substitutus in dimidiam partem totius hæreditatis, admittitur.

In l.uerò si paterfamilias fuit institutus Titius seruus, quem credebat testator esse ingenuum,eique Sempronius datus est cohæres in institutione siquidem,& Sempronius & Titius simul fuerunt instituti, deinde testator eundem Sempronium cohæredem substituit eidem Titio,inquiens,si Titius hæres nõ erit,Sempronius scilicet eius cohæres,esto hæres, Et licet Titius iussu domini adiuerit hæreditatem,tamen Iureconsultus dicit,Sempronium esse admittendũ in partem hæreditatis, per rationes ibi positas, de quibus supra diximus. Deinceps declarans in quam partem sit admittendus Sempronius,inquit,hoc casu duo semisses fiant, ita ut alter semis integer detur Sempronio cohæredi,uirtute institutionis, fuerat enim cum Titio institutus: Alter uerò semis inter dominum serui. & eundem Sempronium substitutum æquis portionibus diuidatur,& sic,ut uides neuter semis remanet indiuisus: Frustra igitur glos.& scribentes dubitant,quid agendum sit de altero semisse. cum sit ipsius Sempronij cohæredis. uigore institutionis,ut dictum est,intellige in casu.l.si paterfamilias. Declaratio l.si paterfamilias.

At in.§.nostro, non fit huiusmodi diuisio, propterea quod N uius substitutus non potest percipere alterum semissem, uirt. institutionis, cum non fuerit scriptus cohæres serui, ut fuit in l. paterfamilias glos. & scribentes non ab re dubirant, si quidem codicibus, qui eo tẽpore erant in.d.l.si paterfamilias, deerat dictio, uidelicet cohęredem, scriptura enim ita legebatur, si pa familias Titium quem ingenuum esse credebat, hæredem scrip rit, eique si hæres non esset. Sempronium substituerit in qua scr ptura, ut apparet, deficiebat dictio cohæredem. Erit igitur in gra scriptura Semproniũ cohęredem substituerit, hæc igitur dictio scilicet cohæredem, si deesset dubitationes scribentiũ m ritò procederent, sed cum in integris codicibus adsit, omnino iusmodi dubitationes abiicit.

In:l. si paterfamilias in codicib' quos in hunc diem uiderim dc erat dictio coheres

In.§.de quo nunc agitur fuit scriptus hæres seruus putatiuus quem testator ingenuum esse credebat, nullo ei dato cohærede, meritò igitur dominus serui, in partem dimidiam totius hæredi tatis admittitur, Sempronius uerò substitutus in alteram dimi diam, & ex supradictis post hac apertus, & sine dubio erit sen sus.d.l.si paterfamilias, &.d.§.fi.

Volui uidere multos codices impressos, & in omnibus ea di ctio cohæredem desideratur, tandem, mihi anxio & quærenti, o stensus est Codex quidam antiquissimus, manuscriptus, in quo illa dictio cohæredem inerat, maxima lætitia affectus, & Deo, & amico, mirificas egi gratias, nam quòd ingenio meo, arbitrabar ita legendum, re ipsa postea apparuit uere ita esse, hac igitur di ctione adiecta, liberamur ab ambigua quæstione glos. et Doc. de altero semisse ut supradictum est.

CCXLI. Datio libertatis in.§.i. Instit. de libert. quomodo intelligatur, Declaratio

Imperator in .§.i. Inst. de libert. diffiniens manumissionem, in hæc uerba ait, Manumissio est datio libertatis &c. quærit ibi glos. quonam modo dominus possit seruo suo dare libertatem, aut enim inquit ipsa, dat illam, quam seruus habet, & tunc nõ recte dicetur dare, quod enim cuiusque est, ei amplius dari minime potest. §. sic itaque Inst. de actio. aut dat quam ipse dominus

habet, & tunc cum non habeat, nisi unam, ipse profecto sine libertate remanebit, id quod recipiendum non est, aut dat quam ipse non habet, & hoc multo minus admittendum est, nemo .n. dat, quod non habet. l. traditio ff. de acqui. rer. dom.

In huiusmodi igitur controuersia, glos. audacter ait, dominum dare, eam quam non habet, asserit enim plerunque contingere, ut quis det, quod non habet, ad hoc citat. §. i. Inst. quibus alien. licet uel non. Vbi creditor alienat rem. quam ipse non habet, hoc est pignus, sed hoc nihil obest, ibi enim debitor, hoc est dominus rei alienare intelligitur, cum creditor uoluntate debitoris pignus alienet, ut ibi Imperator ait, allegat etiam adhoc alia iura, sed in eis diuersa est ratio, in omnibus enim legibus, ubi quis dat quod suum non est, semper res quæ datur extat, hoc est proprium habet esse, quamobrem dari potest.

Sed libertas est quædam qualitas. quæ sine subiecto esse minime potest. l. ij. ff. de usufruct. qualitatis enim esse, est in subiecto esse, ut ait philos. necessarium est igitur libertatem, cum sit qualitas in aliquo existere subiecto. si igitur dominus dat seruo libertatem, quam ipse non habet, necesse est ut sit in alio homine, ut in subiecto, si hanc igitur dominus dare intelligitur, ergo ille homo, cui ea inerat, sine libertate remanebit, id quod nemo reciperet.

Sed dicet quispiam, potest quis dare rem, quæ in proprio suo esse, non existit, exempli causa, dominus fundi usumfructum formalem non habet, nec is est in proprio esse, tamen illum alij concedere potest. l. quod nostrum. ff. de usufruct. Sed dicas, dominum fundi habere usumfructum causalem. l. si cum testamentum. ff. de execut. rei iud. & ibi not. & per consequens habet causam per quam usumfructum dare potest, ususfructus enim in eo fundo & si non actu saltem potestate inerat: quemadmodum ignis in ligno, & si non actu, potestate tamen inest, qui ab homine per alium ignem in actu deduci potest. Dato igitur alicui usufructu, fundus profecto sine eo remanebit, qui prius in eo potestate inerat.

Sed dicas obsecro libertas illa, quam dominus seruo pręstat, ubi nam uel actu uel potestate erat si dicas in aliquo homine fuisse, uti est ususfructus in fundo, ergo ille homo sine libertate, quemadmodum fundus sine formali usufructu remanebit, id quod quam sit absurdum, tu ipse dijudicato, quamobrem omissis ijs, quæ ab alijs dicuntur.

Tu clarius dicito, sed ut bene intelligatur, claro exempl opus est, quemadmodum enim saxo naturalis motus inest, q nemo ab eo ita auferre potest, quin uel actu, uel saltē potestate sit, id enim quod alicui rei à diuina prouidentia tributum tolli nequaquam potest. §. sed naturalia Inst. de iur. na. gen. & ciuil. &. §. fi. Inst. de leg. agna. tutel. clare id patet in saxo, & igne, illi enim deorsum, huic autem sursum ferri naturale est, hoc profecto nullo modo tolli potest. Arist. ii. Ethic. cap i. pote tamen res aliqua saxum impedire, ne motu naturali deorsum feratur.

Finge enim saxum super columna manere, tunc non habet nat ralem illum motum actu, si quidem ab ipsa columna deorsum moueri prohibetur, tamē potestate motum illum habere dicitur unde si quispiam columnam subtrahat, illico naturali motu, q potestate habebat, actu mouetur, & is qui columnam remouet, dicitur mouere saxū, licet corpore illū non tangat. Arist. 8. Phy.

Ita & homini naturalis libertas inest. § i. Insti. de libert. inest inq̄ adeo ut nemo ipsam penitus auferre possit, cum natura ipsi homini tributa sit, arg. de. §. sed naturalia. potest tamen prohiberi, ne actu, eā exerceat, hoc est ne possit facere, quod ei libet, atq is, qui ita prohibetur libertatem actu minime habet: Iure igitur seruus appellatur, habet tamen eam potestate, cum ut dictum est penitus auferri non possit, perindeq; est, ac si quis, prohiberet citharædum, ne citharam pulset: Huiusmodi autem prohibitio, non potest artem, hoc est habitum pulsandi citharā, tollere, quo minus eam potestate retineat, sed dumtaxat facit, ne citharædus actu citharam pulset.

Hoc idem & in libertate euenit, nam licet quis naturali libertate uti prohibeatur, tamen potestate eam habet, Id autem quod prohibet hominem naturalem libertatem exercere, est domini potestas iure ipsi domino tributa: nam quemadmodum columna, supra quam est saxum, prohibet ne illud deorsum moueatur, ita domini potestas, prohibet ne aliquis sua naturali libertate utatur, exerceatq;: & quemadmodum, is qui remouet columnam supra quā manet saxum, dicitur mouere saxum, licet manu illud non tangat.

Ita si dominus, qui potestatem suā, qua aliquis prohibetur naturali libertate uti, á se remouet, dicitur dare libertatem, & hoc modo, uerba illa intelliguntur. Videlicet manumissio est datio libertatis, non autem, ut alij intelligunt, uidelicet, ut det suam

uel quam non habet, id quód minimè ſtare poteſt, ut ſupra demonſtratum eſt.

CCXLII. Declaratio. l. Edita actio .C. de edend. per dialogum Iulius, & Fabius.

FAb. ſalue mi Iuli. Iul. ò, teipſum quærebam. Fab. Quid eſt, quod me uelis? Iul. ut liberes me à ſollicita quadam cogitatione. Fab. quid tam anxiè cogitas? Iul. tota hac nocte in hoc laboraui, ut poſſem uerũ ſenſum legis edita actio. C. de eden. inuenire. Fab. es ne aſſecutus, quòd cupiebas? Iul. uideor mihi intelligere eo modo quo Doctores declarant, ſed animus nõ acquieſcit. Fab. non inueniſti igitur uerum ſenſum, nam finis cogitationis eſt ipſum uerum, quo inuento, intellectus quieſcit. Iul. ea de re arbitror, illum non eſſe uerum. Si bene memini iam quartus annus agitur, cum illam publicè declaraſti, & ego quibuſdam impeditus negotíjs, intereſſe minime potui. Fab. bene meminiſti. Iul. ſi tibi moleſtum non eſt, cuperem ſuper hoc audire ſententiam tuam. Fab. morem geram uoluntati tuæ, & ut recte intelligas, paulo altius repetendum eſt. Iul. repete obſecro, ego tacitus auſcultabo. Fab. nolim cum muto loqui, ſi quid dubíj tibi occurrerit, interpellato.

Finis cogitationis eſt uerum.

Iul. faciam, poſtq̃ ita uis.

Fab. Sciendum eſt igitur tria reperiri uerba, quibus omnis noſtra operatio ſignificatur. Iul. quæ ſunt? Fab. Hæc, operor operaris, facio facis, & ago agis, & ex his tria nomina oriuntur, operatio, factio, & actio. Iul. quonam modo inter ſe differunt hæc. Fab. operari, uti genus, & facere, & agere continet, & operatio uti genus, continet factionem & actionem. Iul. ergo omnis factio eſt operatio? Fab. eſt, ſicut omnis homo eſt animal. Iul. & omnis actio eſt operatio? Fab. certe. Iul. in quo differt facere, ab agere? Fab. in hoc, ꝙ facere dicimur quando operatio in materiam exteriorem tranſit, & remanet aliquod opus factum. Iul. non bene capio. Fab. exemplo igitur agatur, quando faber ædificat ædes, dicitur facere: quia operatio non remanet in ipſo, ſed tranſit in materiam exteriorem: & illa operatio dicitur factio, & remanet opus, hoc eſt ædes, Iul. ergo qui ſecat, urit, arat, plantat

Facere quid dicatur.

uincam, scribitq́ dicitur facere? Fab. Maximè. Iul. quando q; dicitur agere? Fab. tunc quando operatio in materiam non tra sit exteriorem & nullum remanet opus, exempli causa, qui cu amico loquitur, agere dicitur, & non facere, & ipsa met locu est actio, non autem factio, ex Aristo. i. & vi. Ethic. & ibi Sanctus Thomas. Iul. ergo si quis loquitur, narrat, petitq́ dicet agere, non autem facere. Fab. ita est. Iul. quorsum hæc?

Age e qu is dicatur

Fab. Audi nunc, fateris ne eum, qui narrat, seu petit, agere, autem facere. Iul. prorsus. Fab. si tu petis ab amico tibi equu accomodari, diceris ne agere, uel facere. Iul. dicor agere. Fab illa petitio tua, est ne actio, an factio? Iul. actio profectò. Fa oportet igitur te fateri, omnem nostram narrationem, omnem petitionem esse actionem. Iul. ita est. Fab. capias igitur actionem, uti genus, diuidasq́ in duas partes, in iudicialem scilicet & extra iudicialem. Iul. quænam est extra iudicialis actio. Fab. quicquid agis extra iudicium, quicquid petis ab amico, & mille eiusmodi. Iul. & iudicialis. Fab. omnis narratio, omnisq́ petitio facta coram iudice, dicitur iudicialis. Iul. ergo si peto examinari testes, huiusmodi petitio est actio. Fab. quid ni? factio non est, cum nullum opus remaneat, erit igitur actio omnis enim operatio, aut actio, aut factio est. Iul. ergo si peto publicari testes, concludi in causa, ferri sententiam, & huiusmodi, omnes hæ petitiones erunt actiones. Fab. atqui, cum non sint factiones.

Actio uti gen'

Actio iudicialis dicit omnis petitio in iuditio

Iul. loquiturne Imperator de huiusmodi actionibus, Insti. de actio? Fab. minime, nam his actionibus, non petimus, quod nobis debetur. Iul. de qua igitur loquitur actione? Fab. de ea, qua petimus coram iudice, quod nobis debetur. Iul. & Imperator in. l. edita actio de qua actione dicit? Fab. ut habeas ueram illius legis intelligentiam, attentè auscultato.

Exactis ex urbe Roma regibus, fuerunt missi decemuiri, per quos peterentur leges à græcis ciuitatibus, hi tulerunt Romam e Græcia leges in decem tabulis eburneis præscriptas, duæ deinde aliæ additæ fuerunt, & ita ex accidenti appellatæ sunt leges duodecim tabularum, quibus legibus latis, interpretatio desiderabat prudentum authoritatum, eaq́ prudentum interpretatio communi nomine appellabatur ius ciuile, deinde ex his legibus, eodem tempore, actiones compositæ sunt.

Iul. ignosce si interpello, Imperator ait actionem esse ius, si ius ergo est incorporea, & quod incorporeum est, componi non potest. Fab. subtilis profecto obiectio, sed non obest, non n stipulatio

pulatio est ius.l.si unus.§.pactus ne peteret.ff.de pact. Iul.certe. Fab. & tamen est composita uerbis solemnibus.§.sed hæc solemnia.Insti.de uerb.oblig.et.l.v.ff.eo. ubi dicitur stipulationem esse uerborum cõceptionem,& sic erat composita q̃uis esset ius. Iul.quid tum? Fab.ita actiones, quamuis sint ius, erant tamen compositæ,ut asserit Pomp.in.l.ij.ff.de orig.iur. Actiones quõdo dicebãt compositæ

Iul. & quomodo erant compositæ. Fab.erat quædam narratio suis uerbis composita, quibus negotiũ de quo agebatur apte concinneq́ exprimebatur. Iul. & à quibus fuerunt compositæ. Fab.à prudentibus illis, qui leges duodecim tabularum interpretabantur. Iul.quamobrem id factum est? Fab. ut illis inter se homines disceptarent.d.l.ij. Iul.ignosce quæso,si ita est,ergo illa narratio negotij aptis uerbis composita,est actio? Fab.existimas ne tu esse factionem. Iul.minime,ea enim operatio est factio, ex qua remanet opus,ut paulo ante dixisti. Fab. si fateris non esse factionem,necesse est,ut fatearis esse actionem. Iul.quamobrem, Fab. quia omnis nostra operatio,aut est factio,aut actio,ut paulo ante dictum est. Iul.ergo si actiones sunt narrationes,populus poterat,prout uolebat eas instituere. Fab.nequaq̃, nam illi prudentes certas, & solennes esse uoluerunt. Iul. quomodo solennes. Fab.quia noluerunt, omnibus diebus posse fieri in iudicio eiusmodi narrationes,hoc est actiones, sed uoluerunt esse certos dies,quibus posset lege agi,hi autem dies, erant in libris descripti,qui dicebantur fasti. Iul. sed ubi nam possum hæc inuenire? Fab.apud Ciceronem pro *Murena*,ubi in hęc uerba Cicero ait, Posset agi lege,nec ne,pauci quondam sciebant, fastos enim uulgo non habebant, erant in magna potentia,qui consulebantur, à quibus etiam dies tanq̃ a Chaldęis petebantur. Actio solẽnis quõdo erat

Iul.qui dies? Fab. dies,quibus licebat in iudicio lege agi. Iul.& quomodo uocabantur. Fab.fasti dies. Iul. & hi quibus non licebat lege agi. Fab. nefasti, Vnde Ouidius.

Ille nefastus erit,per quem tria uerba silentur,
Fastus erit,per quem lege licebat agi.

Iul.qui erant hi a quibus petebantur dies. Fab.erant Pontifices minores,nam,& actiones,& hi dies apud collegium Pontificum erant.d.l.ij.ex quibus constituebatur quis præesset priuatis negotijs. Iul.ergo actiones eo tempore, non erant solennes, quo ad uerba, Fab. minime,sed quo ad dies tantum,deinde,ut ibidẽ Cicero ait, inuentus est scriba Gneus Flauius,qui cornicũ oculos confixit, surreptum librum populo tradidit, & singulis

diebus ediscendos fastos populo proposuit, quo facto, om scieba nt, quibus diebus liceret agi lege, Iul. ergo sine iuriscō sultorum opera, poterat populus mouere actiones. Fab. po rat, sed audi quid subdit Cic. Itaq; irati illi, sunt ueriti, ne ci rum ratione promulgata, & cognita, sine sua opera lege po agi, Notas quasdam, hoc est formulas, seu primas dictionum ras cōposuerūt, ut omnibus in rebus ipsi interessent, Hęc Cice

Iul. potest ne hoc lege probari? Fab. certè, nam Pompo .d.l.ij. ait, postea Appius Claudius ad formā redegit has acti nes. Iul. ad quam formam. Fab. ad solennem, erant enim ue concepta, hoc est ita composita, ut mutato uno, ex illis etiam nimo, uel etiam syllaba, frustra ageretur, repellebantur enim a dicio, quamobrem eis, qui acturi erant, necesse erat, ut ab illis, mulas illas, hoc est actiones impetrarent, & perinde, ut in il scriptum erat, adamussim agi oportebat, & si una sillaba decera uel addita esset, cadebat à causa. l. i. C. de formul. sub. et ibi glo.

Actiones ad formā reda ctę

Iul. & quid si non impetrassent ab illis actiones, sed ipsemet actor scripsisset, fortè quia eas tenebat memoria. Fab. obstabat exceptio non impetratæ actionis .l. ij. C. de form. Iul. Quomo do cognoscebatur, esset impetrata necne. Fab. ille, à quo impe trabatur subscribebat nomen suum, ut fit hodie in bullis, quæ hodie à Pontifice impetrantur. Iul. dicas obsecro formulæ illæ erant ne actiones. Fab. nihil minus sed eis, actiones, uerbis suo negotio aptis continebantur.

Iul. Huiusmodi autem actiones erant facti, an iuris. Fab. iu ris, ut patet in. d. l. ij. §. deinde ex his, ibi & appellatur hæc pars iuris, legis actionis, idest legitimæ actiones: subdit deinde, & ita eodem ferè tempore, tria hæc iura nata sunt, scilicet, leges duode cim tabularum, ex his fluere cœpit ius ciuile, hoc est illarum le gum interpretatio, ex eisdem legibus, actiones compositæ sunt: & sic actiones appellantur ibi iura.

Actiōes cōpositę sunt iuris

Iul. si ita est, ergo illa actio composita est ius. Fab. est utiq; ut patet in. d. l. ij. Iul. & quomodo diffinitur. Fab. Imperator in principio de actio. Insti. posuit diffinitionem. Iul, ergo actio de qua Imperator, est eadem cum illa, de qua Pompo. in. d. l. ij. Fab. est eadem, & capitur uti genus.

Iul. non percipio, quomodo actio dicatur ius, quæ, ut narras, est narratio, seu petitio quædam composita, & in formulam uer bis conceptis, & proprio negotio accomodatis, redacta. Fab. le ge duodecim tabularum nonne erant compositæ uerbis. & in ta

bulis scriptæ.d.l.ij.de orig.iur. Iul.erant sanè. Fab. & tamen leges illæ dicebantur ius.d.l.ij.§.deinde, ibi tria hæc iura. Item omnes leges sunt compositæ uerbis & scriptæ, & tamen dicuntur ius.§.scriptum. insti.de iur.nat.gen.& ciuil.

Iul.adhuc non capio, quid est istud ius. Fab. ius & iustum idem sunt, sed ius dicitur per apocopen, remota.n. syllaba tum, à iusto, remanet ius: ponitur ergo ius pro iusto, sicuti dic pro dice, fac pro face. Iul.quid igitur est ius, seu iustum. Fab ius est ordinatio ciuilis societatis, Aristo.i.Polit. Iul. ergo omne id, quod ciuitas ordinat, est ius. Fab. omnis ordinatio ciuitatis pro conseruatione reipublicæ, est ius ciuile.§.nam quòd.Insti.de iur. natu.gen.& ciuil.& Aristo.v.Ethic.ait ea, quæ à legum latrice facultate sunt diffinita, hoc est ordinata, legitima sunt, & horum unumquodque iustum dicimus esse. Iul.ualet ne hæc consequentia. Fab.quæ. Iul.est ordinatio seu constitutio ciuitatis uniuersalis pro conseruatione reipublicæ facta, ergo est ius. Fab.sine dubio. Iul.ergo iter, quòd est ius eundi, & ususfructus, qui est ius utendi, fruendi, est ordinatio ciuilis societatis. Fab. certe. Nam ciuitas ordinauit, ut quis possit per fundum alienum, ad fundum suum uicinum, domino concedente, seu permittente, ire, agere.

Ius ẽ ordinatio ciuilis societas ius

Item ciuitas ordinauit, ut quis posit, uti frui re aliena, idcirco iter, & usufructus dicitur ius.insti. de seruit. Iul. & quid si non tota ciuitas, sed plebs, seu Senatores, seu Prætores, aliquid constituissent, illa constitutio est ne ius. Fab. est profecto, nam licet ipsa ciuitas non constituerit, tamen comprobauit, & ita est pars iuris ciuilis.§.constat autem, cũ sequen.insti.de iur. nat.

Iul.forte uerba, q̃ dixi non explicant adhuc sententiã meam, ego autem uolebam à te hoc petere, an illa scriptura, illaque formula ad quam Appius Claudius, & Sextus Elius, aliique actiones redegerunt, sit ius, nec ne.

Fab.scriptura illa non est ius, sed illa concinna negotij narratio à ciuitate ordinata, seu approbata dicitur ius, potest tamen scriptura, quæ tales actiones continet, appellari ius, quemadmodum ille liber, quẽ Gneus Flauius populo tradidit, appellatur ius, eo quod continet actiones, quæ, ut dictum est, sunt iura.d.l.ij. Iul.illa scriptura, quæ continet formulam actionis, hoc est ordinationis solennis appellatur ne alio nomine? Fab. libellus dici solet, eo quod sit paruus liber.

Scriptura quæ cõtinet actiõis formulã libellus dici solet

Iul. lex edita actio.C. de eden. loquitur ne de huiusmodi li-

bello? Fab. ita Doctores sentiunt. Ego uerò non ita, aliud est libellus, aliud actio, in libello .n. actio editur. l. 1. ff. de ede. Ibi enim Vulpianus ait, prius edendam esse actionem, deinde uersiculo edere declarãs quomodo edatur actio, ait, edere actionem, est eam in libello complecti, uel dictare, hoc est uoce exprimere. Iul. & quomodo sunt exponenda uerba illa, scilicet, edita actio. Fab. edita actio, hoc est, edita formula narrationis, & petitionis, negotio de quo agitur consentanea. Iul. & huiusmodi formula potest edi sine scriptura, hoc est sine libello? Fab. certe, nam & uoce, edi potest. l. i. ff. de eden. §. edere ibi, uel dictare & ibi uel, id dicendo, quo uti uelit: potest etiã, & in libello complecti, quare non sequitur actio est edita, ergo in libello. Iul. qua ratione exponunt scribentes, actio, idest libellus. Fab. quia interdum ponitur continens pro contento, quemadmodum si diceretur carmina Virgilij edita, et aliquis exponeret, idest liber Virgilij editus, & perinde est, ac si exponeres, edito uino, hoc est dolio, quæ interpretatio in casu nostro, non est facienda cum possit exponi, edita actio, idest edita formula, hoc est compositio uerborum, quibus narratio negotij, seu facti exprimitur.

Actio quõdo editur

Iul. si actio est ius, quomodo potest edi, est enim incorporale. Fab. si ius, ut dixi est ordinatio ciuitatis, non ne illa ordinatio potest edi, idest demonstrari scriptura? sicut totum ferè ius ciuile demonstratur scriptura. §. constat. Insti. de iur. nat. & ius non scriptum non ne potest uoce demonstrari. Iul. negari non potest. Fab. ita & actio, licet sit ius, cum sit narratio quædam a lege ordinata, potest & uoce, & libello edi. d. l. i. ff. de eden.

Actio edita quomodo ostẽdit speciam futuræ litis

Iul. Quomodo actio edita ostẽdit speciem futuræ litis. Fab. ut bene intelligas, cito omnia commercia hominum quædam fieri spõte nostra. & quædam nobis inuitis. Iul. quid significat hæc appellatio commercia. Fab. hic prõ usu & consuetudine accipimus. Iul. quæ sunt commercia, quæ sponte nostra fiunt. Fab. emptio, uenditio, locatio conductio, mutuum, depositum fideiussio & huiusmodi, & contractus illi innominati: do ut des facio, ut facias: & do ut facias. Iul. & quæ sunt quæ nobis inuitis fiunt. Fab. furtum, adulterium, ueneficium, lenociniũ, seruorum seductio, cædes cum dolo, falsum testimonium, rapina conuitium, iniuriæ, & huiusmodi. Hæc ex Arist. in v. Ethic. & ex toto corpore iuris colligi possunt: & quot sunt commercia, tot sunt facti species.

Iul. quorsum hæc, Fab. unaquæque narratio cuiusque commer-

cij propriam certamq; habebat formam, quæ narratio, ut sæpius dixi, est actio: narrare enim non est facere sed agere, & consequenter narratio est actio, quæ composita a ciuitate, uel a sapientibus dicitur ius. d.l.ij. Iul. quamobrem dictæ formulæ dicuntur legis actiones Fab. ad differentiam actionum hominis, actio enim hominis priuati non est ius, cum non sit ordinatio ciuitatis, sed eam unusquisq; suo arbitratu ordinat componitq;, actiones uero legis, id est legitimæ actiones (ita Iureconsultus in.d. l.ij. exponit) idcirco ita appellantur, quod a legumlatrice facultate sunt diffinitæ & ordinatæ, & ea quæ sunt à lege ordinata, dicuntur iusta. v. Ethic. hanc ob causam huiusmodi actiones, dicuntur ius.

Formulæ negotiorum quare actiones legis dicunt.

Iul. Videris mihi uarius, nam modo appellas actiones, modo narrationes, modo petitiones. Fab. non ne idem actus uocatur arrogatio & adoptio. Inst. de adop. nam arrogatio est uti species, adoptio uti genus: & tamen modo adoptio, modo arrogatio uocatur. Iul. ita est.

Fab. Ita in proposito actio in iudicio capitur uti genus, narratio & petitio sunt illius species, & nunc suo, nunc generis sui nomine appellantur. Vnusquisq; enim qui in iudicio agit, narrat petitq;: & quia narrando agit, iccirco illa narratio dicitur actio: & qui petit etiam agit, ideo illa petitio dicitur etiam actio. Non refert igitur siue appelles actionem, siue narrationem, siue petitionem in iudicio: sed ideo à scribentibus appellatur actio, quia sub ea continetur narratio & petitio, & ita uno nomine ambæ continentur.

Iul. eiusmodi formulæ, quæ ut dixisti, erant penes Pontificũ collegium, tenebantur ne memoria, aut erant in libro descriptæ. Fab. erant seriatim descriptæ in libro, quorum capita, siue principia hæc fortasse erant. Formula actionis empti, formula actionis mutui, formula actionis fideiussionis, formula actionis locationis, formula actionis conductionis, formula actionis furti, uel condictionis furtiuæ, formula actionis iniuriarũ. formula actionis ui bonorum raptorum, formula actionis præscriptis uerbis siue in factum, quæ erat communis quatuor illis contractibus innominatis.

Iul. Quare apppelletur actio præscriptis uerbis, & in factũ, memini te alias dicere: sed quamobrem ita seriatim erant descriptæ. Fab. hac de re, nam quando quis, puta Sempronius, erat moturus controuersiam alicui, puta Tirio, accedebat ad illum

Pontificem, penes quem erat liber ille, dicens, ego uendidi Ti[illegible] fundum in agro Sabino centum aureis, illumq́ꝫ ei tradidi, at i[illegible] sæpius amicè requisitus, differt soluere pretium quamobrem [illegible] pio abs te impetrare formulam qua possim in iud.cio persequ[illegible] illa centum mihi debita.

Ordo agẽdi in iudicio ãtiqua

Iul. quid deinde. Fab. tunc Pontifex ille audita facti nar ratione, secum dicebat, huiusmodi conuentio est uenditio, [illegible] ideo tradenda est huic formula actionis empti, mox ape[illegible] libro, illam ad uerbum, & ad syllabam exscribebat, scripta[illegible] suppliciter impetranti tradebat. Iul. quid deinceps agebat i[illegible] qui huiusmodi formulam impetrauerat. Fab. accedebat ad [illegible] um iudicem coram quo illam formulam offerebat ei, cum qu[illegible] controuersiam erat habiturus, ut hodie dicitur in Aũt. offeratu[illegible] C. de lit. contest.

Iul. & aduersarius accepta formula, quid agebat? Fab. accu ratè animaduertebat nunquid in formula illa, aliqua deesset syl laba, uel mutata esset. Iul. quamobrem id faciebat? Fab. ideo quod dempta uel mutata minima syllaba, cadebat á causa. l. [illegible] C. de for. sub. & ibi not.

Iul. duriusculum est hoc, & quid si loco, &, apposuisset atq. Fab. cadebat á causa. Iul. & si formula ad unguem erat, prout in libro, quid faciebat aduersarius? Fab, opponebat exceptio nem non impetratæ actionis. Iul. ergo si actor manu sua ad un guem, ad amussimq́ꝫ scripsisset formulam, & ideo a Pontifice nõ impetrasset cadebat ne á causa? Fab. cadebat. Iul. quomo do fuisset ne, impetratam an non, constabat. Fab. Pontifex ille apponebat signum aliquod, quo fortassis significabatur formulã esse legitimè impetratam.

Hodie sublata é illa syllabarum aucupatio

Iul. obseruantur ne hodie huiusmodi formulæ? Fab. obser uantur, sed sublata est illa syllabarum aucupatio, illaq́ꝫ non im petratæ actionis exceptio, sufficit enim ut quis narrationem rei, negotioq́ꝫ de quo disceptandum est, consentaneam proponat [illegible] i. ij. C. de form. subl. & cap. dilecti de iudi. Iul. si me memoria non fallit: & hodie reperitur liber quidam, qui uulgo Practica Papiensis appellatur, in quo uidi legiq́ꝫ huiusmodi formulas c[illegible] scriptas. Fab. non te fallit.

Iul. hæ formulæ sunt ne ius, sicut & antiquæ. Fab. prout sunt compositæ ab homiue priuato, non sunt ius: ius enim est ordina tio ciuitatis, non priuati hominis, ut. i. Polit. & iam dictum est, sed quia sunt approbatæ a ciuitate dicuntur ciuiles, quemadmo

dum iurisgentium obligationes dicuntur ciuiles, quod à ciuitate sunt comprobatæ. §. omnium. Inst. de oblig. si sunt approbatæ, est perinde ac si fuissent à legumlatrice facultate inuentæ, & hac ratione dicuntur ius: omnis enim narratio, seu petitio, quæ generis nomine appellatur actio, si fiant in iudicio ad persequendum quod nobis debetur est ius. Iul. si ego in iudicio coram iudice narro, quemadmodum ego uendidi Titio fundum gabinianum centum, illumq; ei tradidi, & ideo peto illum condemnari ad danda mihi dicta centum, hæc narratio & petitio, erit ne actio? Fab. erit, nam ut sæpius dictum iam est, narrare, & petere est agere, non autem facere, & per consequens narratio & petitio est actio. Iul. & huiusmodi actio, hodie est ius. Fab. est ut dixi, quia approbata est a ciuitate. Iul. Ex supradictis satis iam constat conuentionis seu commercij narrationem a legumlatoribus compositam esse actionem, cum non sit factio, & licet ego non dubitem, posset aliquis dicere, si talis narratio est actio, & actio est ius, ut Inst. de actio. in prin. ergo per consequens narratio est ius. Fab. sine dubio. Iul. narrare non ne est facti. l. consilio in fi. ff. de cur. furio. Fab. est profecto. Iul. ergo & narratio est facti. Fab. cauillatio est hæc, nam aliud est ipsum narrare, aliud ipsa narratio, narrare enim ut ais est facti, narratio uero ut supra a legumlatoribus composita, est ius, ut supra dictum est: quemadmodum emere & uendere est facti. d. l. consilio, ipsa uero emptio & uenditio idest contractus est iuris, ut. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iur. Iul. satis hæc placent, uelim nunc scire, an actio & causa sint idem, Fab. quid tradunt scribentes. Iul. uarij sunt siquidem in. §. 1. Insti. de actio. alij dicunt esse idem alij uero negant, & tu mi Fabi quid sentis. Fab. causa actionis, aut est contractus, aut obligatio, obligatio sine dubio non est idem q; actio, quemadmodum nec mater est idem, q; filia, obligatio. n. sicut mater parit actionē. l. licet. §. ea obligatio. ff. de procós. præterea alia est diffinitio obligationis, alia actionis ut Insti. de obl. & actio. in prin. quippe cum diuersæ diffinitiones diuersam rerum essentiam demonstrent. Iul. fortasse hi qui tenent causam et actionem esse idem, accipiunt causam pro contractu. Fab. nec contractus est id quód actio, si quidem contractus sit extra iudicium plerunq;, actio uerò semper in indicio, ut patet ex eius diffinitione Insti. de actio. in prin. Tu autem mi Iuli dicas contractum non esse, idem cum actione, sed ipsa narratio contractus à legumlatoribus composita olim solennis, hodie simplex ut à no

Actio ē narratio & petitio in iudicio & ē i[illegible]

ſtris Doctoribus in libellis cōponitur, hæc inq̃ narratio eſt id
ꝙ actio, immo eſt ipſa actio. Iul. narrare non ne eſt facti. F
eſt profecto, ergo & narratio quæ inde deducitur erit etiam
cti. Fab. aliud eſt narrare aliud narratio ut dixi, quemadm
dum aliud eſt emere & uendere, aliud emptio & uenditio ut
ximus. Iul. quid ergo tenendum. Fab. teneas audacter narra
nem cauſæ, hoc eſt contractus alicuius commercij eſſe idem c
actione á legumlatoribus compoſita, ut clarè colligitur in.l.ij.
deinde ex his legibus. ff. de iuſti. & iur. Iul. iam claré intellig
Fab. teneas ergo memoria.

C C X L I I I. Declaratio an in formulis e primendum ſit nomen actionis.

IVl. Niſi tibi moleſtus ſum, cupio ex te audire, an huiuſmodi formulæ, tam antiquæ q̃ recentiores habeant propriū nom
Fab. paulo ante dixi. Iul. repete quæſo. Fab. dixi ꝙ ſi commercia habebant proprium nomen, & formulæ ſuper illis compoſitæ proprium nomen habebant, uideto ſupra.

Iul. nolo hoc dicere, ſed aueo ſcire, an in formulis illis antiquis, exprimeretur proprium nomen actionis.

Fab. & hæc petitio tua eſt anceps, ſed ne amplius in hoc hæſites audi, nō poterat eſſe forma, quin haberet proprium nomen ſibi annexum, & ne res exemplis egeat, finge, Sempronium ita Titio dixiſſe, uendo tibi fundum meum gabinianum in agro Sabino ſitum centū, Titius autem dicat ego emo. huiuſmodi commercium, non ne habet nomen ſibi annexum? Iul. habet profectò, uocatur enim emptio & uenditio. Fab. finge, rurſus traditū fundum Titio, pretio non ſoluto, mox requiſitus, Titius nolit ſoluere, quid agendum erit Sempronio. Iul. ibit ad prætorem. Fab. ſine formula impetrata hoc facere nō poterat. l. ij. C. de ſti. ſub. Iul. impetrabit. Fab. finge modo formulam, quæ erit huiuſmodi.

Coram uobis iuſtiſsime Prætor, comparet Sempronius, narrans ſe uendidiſſe Titio fundum gabinianum in agro Sabino ſitum, centum aureis, eumq́ Titio tradidit, nec pretium recepit, quare petit dictum Titium per uos cōdemnari, condemnatumq́ cogi ad ſoluendum dictos centum aureos, non ne huiuſmodi petitio habet nomen ex re geſta ſibi innexum. Iul. ſanè habet, & ut exiſtimo

ut existimo, uocabitur forma actionis empti, & uenditi. Fab. rectè existimas, nulla enim potest esse formula, quin habeat suum nomen ex commercio ipso sumptum.

Iul. forsan non dico, quod sentio, non sum ita hebes, ut hoc negem, sed quæro an in formula sit exprimendum, ago actione ex empto, ex locàto, ex mutuo, ex deposito, & sic de cæteris. Fab. absurdissima res esset, si ita diceretur, formula enim habet duas partes principes.

Formula actiõis habẽt duas partes

Prima est narratio, secunda petitio.

Videamus si in narratione possit ita, ut ais, exprimi.

Narratio est hæc,

Coram uobis iustissime prætor, comparet Sempronius, si adderetur actione uenditi, nihil significaret, perge ulterius, narrans se uendididisse Titio fundum Gabinianum in agro Sabino sitũ centum aureis, si hic addiceretur actione uenditi, quid esset hoc absurdius? Actio. n. nõ est ius uendendi, sed prosequendi, Perge ulterius, tradiditq; Tirio fundum. nec pretium recepit, neq; hic possunt poni illa uerba, actione uenditi, ecce hactenus narratio, in qua nullo modo potest poni nomen actionis uenditi, nisi absurdissimè, & sine effectu uoluissent loqui actionum compositores, quod non est dicendum, erant enim graues, docti, breuesq; in dicendo, ut patet in eorum responsis.

Iul. fortasse nomen actionis exprimebatur in secunda parte. Fab. uiceamus an apte id fieri potuisset, secunda formulæ pars hæc est quare, petit dictum Titium per uos condemnari, si hic expressum esset nomen actionis hoc est si fuisset dictum, actione uenditi, nec cõcinnè, nec recte id factum esset, non enim uenditor condemnatur actione uenditi, actio enim non est ius condemnandi, sed prosequendi, condemnatur igitur iudicis sententia, sequitur postea in formula, condemnatum cogi, ad soluendum dictos centum aureos, neq; hic poterat dici actione uenditi, non enim uenditor cogitur actione uenditi ad soluendũ, sed imperio quodam, quod dicitur modica coertio. l. fi ff. de offi. eius.

Pars formulæ secunda

In nulla igitur formulæ par e, erat locus actioni exprimendæ, non poterat igitur, nomẽ actionis in formula sua, rectè exprimi. Iul. iam cogor ita esse fateri, sed formula paulo ante descripta, est ne illa antiqua solennis. Fab. minime, sed recẽti cres ea utunt.

Iul. legisti ne ullam unquã ex antiquis formulis. Fab. apud Ciceronem. Iul. ubi. Fab. in oratione pro Murena. Iul. & quæ formula est. Fab. rei uendicationis. Iul. est ne ibi expressum no

men actionis istius, uidelicet, rei uendicationis. Fab. non. li non est tibi molestiæ referas quæso.

Fab. morem tibi geram, Cicero irridens Iurisconsultorum sententiam, dicebat eo tempore esse rem paruam, prope in sing literis, atque interpretationibus uerborum occupatam, Cuius sunt uerba, Notas quasdam composuerunt, ut omnibus in re ipsi interessent, cum hoc fieri bellissime posset.

Fundus Sabinus meus est, immo meus, deinde iudicium, luerunt. Hæc Cicero, sequitur deinde formula, q̃ erat huiusmo.

Formula rei uẽdite antiqua

Fundus qui est in agro. qui Sabinus uocatur, ego eum ex re meum esse aio, inde ego te ex iure manu consertum uoco, bdit Cicero, quid huic tam loquaciter litigioso responderet. unde petebatur, non habebat, idem Iureconsultus formulam reo inuenit, Ea hæc est, Vnde tu ex iure manu consertum uoca. Inde ibi te reuoco: Hæc erat rei responsio.

Iul. quid uolunt sibi illa uerba, ex iure manu cõsertum Fab. dicimus conserere manum cum hoste, quando armis, cum hoste pugnamus, Conserere manum iure, est pugnare non armis, sed le ge, & iure. Quando igitur quis agebat rei uendicatione uoca bat reum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua agere tur: atque profecti simul in agrũ terræ aliquid ex eo, uideli unam glebam, in ius ad Prætorem deferebant: & in ea gleba tanq̃ in to to agro uendicabant, hoc est unusquisque dicebat fundum esse suu

Vẽdicare quid

Vendicare enim est appropriare, & rem suam esse dicere. Iul. satisfecisti, quid postea.

Fab. ex ista formula uendicationis antiquissima, manifestissi mè patet, non esse exprimendum nomen actionis, non enim dice batur fundus, qui est in agro Sabino, ego eum ex iure meum esse aio, rei uẽdicatione: quod fuisset absurdum, sed simpliciter meu esse aio. Si igitur olim in formulis antiquis, quæ erant solennes, quibus nec syllaba quidem poterat addi, uel minui, non exprime batur: multo minus hodie est exprimendum.

CCXLIIII. Declaratio. c. dilecti de iudi.

IVl. quamobrem scribentes dicunt iure canonico esse induc ctum, ne nomen actionis in libello exprimatur, & aiunt id probari in. C. dilecti de iudic. Fab. qui ita illud cap. intelli gunt, non rectè sentiunt.

Iul. quid igitur inducit illud cap. Fab. quod uerba ipsa ostendunt. Iul. quid. Fab. solum ibi inducitur, ne solennitas in libello requiratur, sed simplex & pure factum ipsum, et rei ueritatem spectandam esse admonet. Iul. quæ erit igitur summa illius cap. Fab. Hæc. Non est subtiliter inquirendum hodie, formula, seu libellus, sit solennis an non, sufficit simplex, & uera facti narratio commercio, de quo disceptandum est, consentanea. Iul. ostende utrum uerba hoc uelint. Fab. uerba hæc sunt. Intellect⁹ c. dilectis de iudi.

Prouideatis, ne subtiliter inquiratis, cuiusmodi actio intentetur, nõ enim dicit, ꝙ nomen actionis exprimatur, nec quæ actio, per relatiuum substantiæ, sed ait, cuiusmodi actio intentet, cuiusmodi enim est relatiuum qualitatis, nec significat actionis nomẽ, sed actionis qualitatem, hoc est solennitatem, subdit deinde, sed simpliciter, & pure factum ipsum, & rei ueritatem inuestigetis, hoc est uideatis, an narratio, seu formula sit rei gestæ, & commercio de quo agitur consentanea.

Iul. ergo nusquã probatur olim necesse fuisse nomen actionis exprimi, Fab. nusquã prorsus. Iul. sit sané, nomen actionis non esse in formula exprimendum, quid si exprimeretur, uitiatur ne formula. Fab. ex communi scribentium sententia, receptum est non uitiari, sed perinde est, ac si non fuisset expressum. Iul. hoc fortasse uerum est, si nomen actionis apte exprimatur, sed quid si inepte fuisset expressum. Fab. itidem aiunt non uitiari, per reg. l. unicæ. C. de rei uxo. actio.

CCXLV. Declaratio. l. ii. C. de formul. sub.

IVl. huic scribentium sententiæ uidetur maximopere obstare tex. in. l. ij. C. de for. subl. id quod nonnulli ex Doc. animaduertunt. Fab. & qua ratione dicunt illam legem obstare. Iul. quia ibi dicitur, non opponatur exceptio, si aptã rei, & proposito negotio competentem, eam, scilicet actionẽ, esse consistit, ergo si non aptam, exceptio opponitur. Fab. Hoc est penitus ab illa lege alienum. Iul. quid ergo dicit illa lex.

Fab. dixi tibi supra, ante illam legem necessarium fuisse impetrare actionem ab eo Pontifice penes quem erat liber, qui actiones, hoc est formulas continebat: & si actio hoc est formula ipsa, non erat impetrata, obiiciebatur actori, non impetratæ actionis

exceptio: & quia hoc uidebatur absurdum, id circo, Constantinus Imperator composuit. d. l. ij in qua uoluit actorem, non reiiciendum, si non impetrauerat actionem, hoc est formulam, ea actio erat apta rei, & proposito negotio competens. Nihil tur ibi de nomine actionis expresse dicitur. Iul. immo à contrario sensu hoc ipsum ibi cauetur, dum dicitur si aptam rei, scilicet actionē, esse constiterit, ergo si non aptam, secus erit. Fab. rum est, q̀ si actio, hoc est ipsa narratio in formula, non erat apta rei, nec negotio competens, omnino reiiciebatur. Iul. non bene capio. Fab. mox capies, audi.

Dixeram tibi supra, unicuiq; commercio propriam fuisse formulam, meministi. Iul. memini, quid tum postea. Fab. fingendo, me uendidisse tibi centum aureis fundum, & ad illos consequendos, finge à me propositam esse actionem, hoc est formulam depositi, esset ne hæc actio, seu formula apta, competensq; negotio inter me, & te gesto. Iul. non opinor, nam negotium erat emptionis & uenditionis, formula autem est depositi. Fab. recte opinaris, hoc ipsum disponit lex illa secunda, dum ait, nulli prorsus nō impetratæ actionis exceptio opponat̃, si aptam rei, & proposito negotio, competentem esse constiterit. Hæc sit summa illius legis, si formula est apta, & consentanea negotio gesto, non opponitur exceptio, non impetratæ actionis.

CCXLVI. Declaratio. l. i. si mens. fals. mod. dixer.

IVl. sed tamen uidetur huic sententiæ obstare tex. l. i. si mensor falsum modum dixerit. ubi Vlpian. ait, non tenere intentionē si fuit inepte expressum nomen actionis. Fab. nec illa lex hoc dicit. Iul. Quid ergo aliud dicit? Fab. audi, si mensori mandauerim, ut mensuram mei agri ageret, ille uero falsum modum renunciauerit, non possum aduersus illum mandati formulam proponere. Iul. quamobrem. Fab. quia mandatum semper debet esse gratuitum. §. in summa. inst. mand. sed mensor interdum mercedem accipit. d. l. i. §. at si mercedem. Iul. si accipit mercedem, poterit proponi conducti formula ad id quod interest. Fab. neq; hæc proponi potest, quia non crediderunt ueteres inter tales personas locationem & cōductionem esse magis operam beneficij loco præberi, & id quod ei datur non pro mercede

ſed ad remunerandum dari putabant.

Iul. quam actionem igitur poterat proponere actor aduerſus menſorem, qui falſum modum renunciauerat. Fab. in factum actionem. d. l. i. Et ideo quia illud commercium non habebat proprium nomen, ſed uocabatur factum ſimpliciter, compoſita eſt quædam formula, quæ uocabatur actio in factum: de qua ſupra in hoc libello dictum eſt, & ibi uideto. Iul. quid tum? Fab. ſi ex conducto fuiſſet actum, dicebat Vlpia. non teneri intẽtionẽ Iul ergo ibi probatur libellum in totum uitiari, ſi nomen actionis inepte exprimatur.

Fab. non ita eſt, ſed pro uero illius legis intellectu, ſcito uolũtatem eſſe ipſius finis, hoc eſt uoluntas appetit finem, finis uero dicitur intentio: propoſito itaq; aliquo fine, uoluntas deinde quærit media idonea ad conſequendum illum finem, exempli cauſa, uoluntas ædificatoris appetit domum, domus ergo eſt finis ædificatoris, qui finis dicitur intentio: ut igitur adipiſcatur finem propoſitum, ſunt inuenienda media idonea, utputa, ſaxa, arena, calx & huiuſmodi, at ſi præpararet paleas, ſtipulas, fœnũ & ſimilia, ut his medijs habeat domum, non haberet intentionẽ quæ eſt finis: Iul quorſum hæc. Fab. ita ſi menſor feſellit me, eo quod falſum modum renunciauerit, tenetur mihi in id quod intereſt: idcirco uoluntas mea appetit ſolui mihi id quod mea intereſt, & hic eſt finis uoluntatis, quæ dicitur intentio, ut dictum eſt, ut igitur intentionẽ illam conſequar, proponere in iudicio mediũ ad id idoneũ oportet. Iul. & quid nã erit. Fab. formula actionis in factum. d. l. i. in prin. at ſi forte propoſuero formulã ex conducto, intentio non tenebit, hoc eſt non potero conſequi id quod mea intereſt. quod erat finis & conſequenter intentio meæ uoluntatis. Iul. Vnde hoc. Fab. Quia formula ex conducto, non eſt conſentanea illi fini, & eſt perinde ac ſi pro ædium ædificatione, præparaſſem paleam & fœnum, hoc ipſum oſtendunt illa uerba, ſi autem ex locato & conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem, & ita intelligitur. l. i ſi mẽs. falſ. mod. dix. & cap. examinata de iudi. Iul. quid ſi actor propoſuiſſet formulam actionis in factum, quæ erat conſentanea fini, deinde dixiſſet, hoc peto actione locati, uerbi gratia ſi fuiſſet dictum,

Ad cõſequẽdum finẽ ſeu intẽtionem requirũtur media idonea

Coram uobis iuſtiſsime Prętor comparet Sempronius narrãs, quod commiſit Flauio menſori, ut menſuram agri ſui Gabiniani ageret, eiq; uerum modum agri renunciaret: at menſor ſefellit eum

in modi renunciatione, quamobrem dicit non parum sua interesse, ita renunciatum esse: quare petit dictum mensorem condemnari in id, quod sua interest; Ecce formula in factum, q̃ est idonea ad consequendum id, quod à mensore, fraudati interest, si inde formulæ addatur, & hoc petit actione conducti, uitiatur formula? Fab. minime, nam perinde est, ac si quis ostenso equo digito, dicat promittis mihi bouem, quo casu ualet stipulatio de equo, nec illud nomen bouis adiectum, uitiat stipulationem extrinsecus. ff. de uerb. oblig. & ibi not.

Habe igitur pro comperto, ꝙ si nomen alterius formulæ, quæ commercio gesto, non est consentanea, adiiciatur formulæ propositæ, quæ apte ex negotio, & commercio gesto composita est, non uitiat, sed reiicitur: & agitur ex formula apta, & negotio proposito competenti. d. l. ij. C. de for. sub. & cap. dilecti de ...

Actio ẽ eti ã formula qua agim' hoc ... ẽ aliquid petimus

Iul. ex sententia tua, ubicunque inuenero hoc nomen actionis, tuto potero accipere pro formula. Fab. tutissime, sed in ... formulam cõpositam ex narratione, & petitione, quæ ... est, appellatur actio, q̃ formula debet esse competens ... debitores. C. de pig. ibi competẽtibus actionibus, hoc ... la competenti commercio, & l. si cum ea. C. de dot. promiss. ibi, competentibus actionibus, expone, hoc est formulis commercio gesto competentibus. Iul. ergo formula, non est quid separatũ ab actione. Fab. actiones sunt compositæ. l. ij. de orig. iur. & est illa concinna uerborum conceptio, qua quis exprimit coram iudice, id quòd factũ est, quòd quidem est ius. d. l. ij. quemadmodum stipulatio est uerborũ conceptio. quibus is, qui interrogatur daturum, facturum se id, quòd interrogatus est, respondet. l. v. §. stipulatio. ff. de uerb. oblig. & illa conceptio est ius. l. si unus. §. pactus ne peteret. ff. de pac. Iul. satis superque abs te mihi uidetur in istis actionibus esse factum.

Cas' : l. edita actio de eden.

Sed cupio scire, qualis fuerit interrogatio in. d. l. edita, cui hæc Imperatoris responsio congruat. Fab.

Erat quidam Flauius, cui uaria commercia cum Camillo ... runt, de quibus redditæ fuerunt rationes: postea is Camillus ... cit citari dictum Flauium, qui certè à litibus erat alienus, ... rem secum cogitabundus, quænam controuersia à dicto Ca... mouenda esset, id circo, ad Imperatorem accessit, ab eo ... ut consuleret, quid sibi agendũ esset, fecit enim hic Flauius ... mulier illa in. l. precibus. C. de impub. & al. sub. Imperator co... gnita illius simplicitate, paucis respondit, Facias tibi edi action...

nem, hoc est formulam commercij quæ edita facilè monstrabit super quo negotio disceptandum sit, tunc poteris scire utrum cedere, an contendere uelis. Rursus Flauius ille ab Imperatore petijt, & postquam erit mihi edita actio, poterit ne ille amplius emendare, seu mutare? respondit Imperator, poterit profectò, prout perpetui edicti monet authoritas, uel ius dicentis decernit æquitas. Iul. ergo quando Imperator respondit, non erat edita actio? Fab. minime, edere enim est copiam describendi facere. Si enim fuisset edita actio, Flauius utique non ignorasset, speciē futuræ litis. Iul. Illud nomen edita, non ne est participium præteriti temporis? Fab. certe, sed quid, si sum lecturus hodie lectionē hora uigesima, & hora decima octaua, dicam tibi lecta lectione, ibimus spatiatum, non ne illud participium lecta, est tēporis præteriti? & tamen significat rem futuram, & est perinde ac si diceres, postquam lecta erit lectio, ibimus spatiatum, ita dicas, edita actio, idest postquā erit edita, demōstrat tibi speciē futuræ litis.

Iul. & quomodo actio si est ius: & sic incorporea. Fab. sæpius tibi dixi. Est quædam formula, hoc est uerborum conceptio, quæ erat descripta in eo libro, qui erat penes Pōtificem, de quo in. l. ij. ff. de orig. iur. Iul. & quomodo edebatur? Fab. in libello seu in scriptura aliqua, ut Aūt. offeratur. C. de lit. contes. uel actor dictabat & reus scribebat, uel actor producebat reum ad album Prætoris, ubi erant descripta edicta Prætorum in formulam redacta. l. Si quis id quod ff. de iurisdic. om. iud. Iul. etiam interdictorum erant formulæ? Fab. erant formulæ, & conceptiones uerborum quibus prætor aliquid iubebat fieri, aut fieri prohibebat. Inst. de interdict. in prin. & in illo albo actor ostēdebat reo, qua formula prætoria aduersus eum esset acturus: & aduerte, nam tex. in. l. i. ff. de eden. dicit ad alium, legendum est ad album, ut animeduertit Politianus & Budeus. Iul. & quomodo huiusmodi formula ostendit speciem futuræ litis? *Actio hoc est formula quomodo edebatur*

Fab. quia formula continebat commercium illius rei, quæ inter partes gesta erat, ut fit in libellis, qui hodie dari solent, in his enim narratur series rei gestæ, idcirco uisa formula reus facile cognoscit de qua re sit litigandum.

LIBER

CCXLVII. Noua declaratio, an lice[at] emendare actionis formulam, et usq; quo, Et edictum quare dicatur perpetuum.

IVL. Postquam actor ediderat actionem, hoc est fecerat co[pia] formulæ, super qua erat disceptandum, si errasset, erat ne ei[i] tegrum corrigere. Fab. anceps est petitio, idcirco est disti[n]guendum, si enim quæris, an iure ciuiti licuisset corrigere uel m[u]tare, tunc respondendum erit, id fieri non potuisse, nam postq̃ qui acturus erat, illi Pontifici, penes quem erant actiones, hoc [est] formulæ illæ, seriem commercij narrauerat. Pontifex ex eo com[mercio], rem gestam, formulæ accommodabat quibusdam uerbi[s] conceptis, quibus nec addi nec minui quicquam licebat. l. 1. C. de for. subl. Iul. ergo si nec addi, nec minui illi formæ quic[quam] poterat, si actor in exponendo facto, seu commercio errasset, u[t] puta, quia dicebat sibi deberi quinq;, cũ deberent dec[em] ... partẽ fundi esse suam, cum esset totus. §. minus. Instit. de action. non poterat amplius formulam emendare. Fab. recte sentis.

Actionis emendatio non ciuili sed pretorio iure permissa est

Iul. quamobrem Imperator ait, licere actori emendare. d. l. edita actio. Fab. licebat emendare non ciuili, sed prætorio iure, Prætor enim fecit edictum, quo permisit, ut liceret actionem, hoc est formulam emendare. Iul. Qua ratione ductus Prætor id fecit? Fab. prætor sæpe solitus est iuris ciuilis asperitatem corrigere, siue quod illi deesset adimplere. §. media autem. Insti. de legi. ag. succes. quamobrẽ æquitate motus, quam semper Prę[tor], aduersus ius ciuile sequitur. l. 1. de pact. l. 1. quod quisque iur. ff. &. §. Emancipati Insti. de hæred. quæ ab intes. def. permi[sit] posse errorem emendari. Iul. ubi consistit hęc æquitas? Fab. ubi & æquum, nam æquum est medium inter lucrũ & damnũ, & plus & minus, & illud æquum dicitur ius, seu iustum: ius. n. emendatiuum lucri & damni, medium est & in hoc medio, siue æquo, consistit æquitas. Aristo. 1. Et hic. quam Pętor maximo pere scrutus est, At lucrum, & damnum est quid iniustũ, & [æ]quum, quando igitur actor per errorem minus petebat, qu[am] [si]bi deberetur, si id emendare non potuisset, fuisset prorsus in dã[n]no, id quod æquitas non patitur, æquitas enim rem ad æqualitatem redigit, Arist. ibidem.

Pretor semper sequitur equitatem

Hæc

Hac igitur æquitate motus Prætor posuit in suo albo edictũ, quo permittebat, ut cuique liceret actionem suam emendare, si per errorem id factum esset. Iul. satis profectò hæc ratio mihi facit, sed tantillum dubij remanet, nam si debebantur quinque, & petijsset decem per errorem, inspecta hac ratione, non potuisset emendare, non enim erat in damno. Fab. immo magnum damnum pateretur, si emendare non liceret, puniret enim, ut Insti. de actio. §. præterea, & §. tripli ne igitur hoc damnum ob errorem pateretur, etiam in hoc casu Prætor ex æquitate corrigi posse permittebat.

Iul. quare Prætoris edictum dicitur perpetuum, cum potius dicendum esset annuum, siue annale, eoque Prętoris officium anno durabat. Insti. de perpe. & temp. actio. Fab. glos. & alij nonnulli interpretantur perpetuum, hoc est generale, sed hoc minime recipiendum est Iul. quamobrem igitur dicitur perpetuum? Fab. ex Cicerone in Prætura urbana scire poteris & ibi uideto. Iul. leua me hoc labore, quid ibi ait Cicero? Fab. hæc sunt eius uerba in Verrem, qui plurimum tribuunt edicto Prætoris, edictum, legem annuam esse dicunt, tu edicto plus complecteris quàm lege, si finem edicto Prætoris afferunt calendæ Ianuariæ, cur non initium quoque edicto nascitur à calendis Ianuarij? an in eum annum progredi nemo poterit edicto, quo Prætor alius futurus est, in illum quo Prætor alius fuit, regredietur? Ne igitur iuris dicendi ratio arbitraria Prætoribus esset et pro eorum libidine, subinde mutabilis, lata lex est, de edictis perpetuis. Iul quid in summa uolunt sibi hæc Ciceronis uerba. Fab. Prætor olim multa in suo edicto, & interdum alterius Prætoris edicto calendis Ianuarij proponebat, cuius edictum non poterat ultra calendas Ianuarias progredi, & ideo dicebatur annuum: sed pro sua libidine, interdum seruabat interdum corrigebat edicta prætenta. Ne igitur id facere posset, lata est lex, ut edicta essent perpetua, quemadmodum & leges, & postea Saluius Iulianus tẽporibus Adriani Principis edicta in unum collegit, & hoc appellatum est edictum perpetuum: quia non anno, sed perpetuo sicut & lex durabat: in quo maxima æquitas uersabatur, ibique inter alia cauebatur, ut liceret actori, si quid mendæ in formula scriptũ esset, emendare: ne actor, ut dictum est, ob errorem, cui facilè indulgendũ est in damno esset.

Edictum pretoris quare dicatur perpetuum

Iul. & istud edictum perpetuum reperiturne hodie? Fab minime, multa Prætoris edicta, multæque Principis constitutiones,

Edictum perpetuum non est illud cuius meminit gl. 1. de edendo

quarum in iure nostro fit mentio, hodie non reperiuntur. Iul. ergo Bar. male sentit, dum ait, edictum perpetuũ, cuius hic fit mentio, esse illud, de quo in l. 1. de eden. Fab. certè, illud enim loquitur de edendo, hoc est quomodo edendum sit, hoc autem perpetuum concedebat ob æquitatem licere errorem corrigere.

Iul. huic sententiæ magis q̃ Bar. assentior.

Sed quid uolunt illa uerba, ius dicentis decernit ęquitas. F. non solum Prætoris mortui edictum concedebat, errorem posse emendari, sed etiam æquitas Prætoris uiui, qui ius dicebat, Prætor enim uiuus qui ius dicit, perpetui edicti auctoritate motus decernit, licere actori si quid per errorem in formula scripsisset mendare: ne is esset in damno, et alter in lucro, quod esset iniquum. Prætor autem siue Iudex rem ad æqualitatem redigit, ut. v. Eth.

Actionẽ emẽdare usque ad sententiã licet.

Iul. & quousque licebat emendare? Fab si Doc. sententiam accipias, usque ad litem contestatam. Iul. & tu non idem sentis? Fab. minime. Iul quousque igitur sententia tua licebit? Fab. usque ad sententiam, qua enim ratione æquitas suadebat licere emendari usque ad litem contestatam, ne alter litigantium esset in damno, alter uerò in lucro, pari ratione, & post litem contestatam, eadem æquitas suadebat, cum ratio diuersitatis reddi non possit. l. a Titio. ff. de uerb oblig.

Iul. Doctores non ne aliqua lege eorum sententiam firmant. Fab. nulla prorsus est lex, quæ uetet fieri emendationem post litem contestatam. Iul. lex illa non potest. ff. de iudi. nonne communem opinionem confirmat. Fab. certè, ut aiunt ipsi. Iul. & quomodo ad id probandum inducunt? Fab. dicunt, id quod post iudicium acceptum, accidit, non potest uideri in iudicium uenisse, sed noua opus est interpellatione, si igitur noua interpellatione post cæptum iudicium, est opus, emendationi locus non est: nam quando emendare licet, non requiritur alia interpellatio, sed sufficit prima. Iul. & mihi hoc etiam uidetur. Fab. si cum illis sentis, nihil sentis.

CCXLVIII. Noua declaratio .l. non potest .ff. de iudi.

PRo ueriori illius legis intellectu, scito mendam pro errore accipi, unde emendare inclinatur, quod est à menda, hoc est ab errore deducere, seu mauis errorem corrigere, & ut res

exemplo pateat.

Finge pictorem ꝓmisisse Cęsari, pingere eius figuram, pinxit egregie congruis symmetrijs, fecit tamen pedem aliquantulù longiusculum, pes enim sexties reassumptus complet iustam longitudinis mensuram. erat igitur in pede menda, hoc est error, hoc animaduertens pictor errorem emendauit, pedemq; ad debitam mensura reduxit, facta emendatione, non ne eadem figura remanet, quæ erat prior? Iul. certè. Fab. est igitur emendare quando in aliqua re, est aliquid mendę, uitij seu erroris, quo correcto, nec res, nec rei nomen mutatur, ut in proximo exemplo. Finge, rursus figurã, aliquo casu penitus corruptam, poterit ne hæc emendari? Iul. non, ut arbitror. Fab. bene arbitraris, non enim est res, in qua sit menda, nec pictor dicitur errasse, nam qui errat, in aliqua parte errat, in reliquo bene facit, quando uerò, res est tota corrupta, non apparet in ea ubi sit menda, & si pictor uelit satis promissioni facere, opus est noua pictura, quæ non dicetur emendata, sed de nouo facta.

Item si sartor fecit uestem omni sua parte concinnam. tamen errauit in cuiusdam plicæ cõpositione, si corrigit errorem, emendat, & est eadem uestis, at si uestis combusta esset, & rursus sartor, aliam faceret, non emendare, sed nouam facere dicetur. Iul. quorsum hæc. Fab. audi, quando actor proponit congruã commercio actionem, hoc est formulam, si in aliquo errat, et sic est ibi aliqua menda, puta si actione, hoc est formula depositi uerbis suis composita, siue concepta, petijt sibi quinq; restitui cum deposuisset decem, uel petijt sibi restitui uestem albam, cũ nigram deposuisset. non ne hic in concipiendo formulam errauit. Iul. Maxime. Fab. si postea actor hoc animaduertens, loco quinq; scribat decem, & loco uestis albæ, scribat nigram, non ne eadem formula depositi, facta emendatione remanet, quæ erat ante. Iul. ita mihi uidetur. Fab. hoc proprie est emendare corrigere inq̃ mendam, seu errorem, remanente re, reiq; nomine, in qua erat error, at si á principio actor petat, quòd nullo modo sibi debetur. Iul ignosce si interpello, qui fieri hoc potest.

Fab. finge Sempronũ testatorem instituisse hęredem Gaium, ab eoq; legasse centum Seio, antequã Gaius adeat hæreditatem, non est obligatus Seio, adeundo enim hæreditatem cum legatario contrahit. §. hæres quoq;. Insti. de oblig. qui ex quasi con. Si interim Seius legatarius existimans á Sempronio aditam hæreditatem, petat ab eo centum, sicq; formulam actionis edat, si Sem

pronius negat. erit iudicium cæptum, sed actio, seu formula est, & licet illa formula edita appelletur actio, erit perinde si quispiam, hominem pictum, appellet hominem cum re. non sit homo.

Iul. si proposui actionem ex testamento, nõ capio, quomo non sit uerè actio. Fab. non est actio, de qua nunc agitur, q ita ostenditur, cui non competit diffinitio, non competit diffi tum, exempli causa. diffinitum est homo, diffinitio uerò est a malrationale mortale, illi rei, cui non competit animal rationa mortale, non competit, ut sit homo.

Ita in ꝓposito, diffinitum est actio ipsa, diffinitio uerò est i. persequendi in iudicio, quòd nobis debetur, Insti. de actio. prin cui igitur rei, non cõpetit ius persequendi in iudicio, quod nobis debetur, non competit ut sit actio, de qua tractamus, sic quando quis petit id quod non debetur, huiusmodi petition non competit diffinitio, hæc est ius persequendi in iudicio quod nobis debetur, ergo non competit, ut sit actio, erit igitur illa pe tio seu illa formula, perinde ac homo pictus, deinde cæpto iudi cio, aditaque à Seio hæreditate, centum illa uerè debentur, q le gatarius petat sibi dari, uirtute formulæ propositæ, frustra petit, cum illa actio, nulla fuerit, ut demonstratum est, nec potest emen dare, cum non sit aliqua menda, immo tota est menda, hoc est to ta corruit, sed alia interpellatione, aliaque actione opus est. d. l. nõ potest, Et dictum est supra in exemplo figuræ & uestis, et ita in telligitur. d. l. non potest, iuncta. l. non quemadmodum in fi. ubi dicitur iudicium anteq̃ aliquid debeatur, esse non posse, & glos. ibi ponit exemplum, de quo supra.

Non obstat igitur illa lex, quominus possit fieri emendatio post litem contestatam.

Iul. est ne aliqua lex quæ fieri hoc posse probet? Fab. est pro fectò. Iul. quæ? Fab. l. in delictis. §. si detracta. ff de noxa act. Nam si seruus Titij interficiat equum Sempronij, si id, sciente do mine fecit, insolidum dominus obligatur. l. ij. eo. tit. & in. l. a quilia la ij ff. ad. l. aquil. si uerò inscio domino factum est dedi tione serui dominus liberatur, quamobrem si Sempronius com posuerit formulam legi aquiliæ consentaneam, in qua à domino quasi conscio, integram equi æstimationem sibi solui petierit, do minus uerò neget se esse conscium, & re uera non sit facta absol lutione, & finito iudicio, amplius cum eo agi non poterit. d. l. in delictis. §. si detracta, sed si cognito errore, uoluerit libellũ co

rigere, errorem'q; suum emendare, hoc est addere formulæ, quia petat dedi sibi seruum pro noxa, licebit id fieri, tantisper, dum, prius iudiciū agitatur, ex quibus uerbis clare constat, licere agenti, non solum ante litem contestatam, sed post (donec iudicium agitatur,) emendare errorem.

Nec obstat, dum dicunt, hoc ideo ibi licere, quia ibi non fit emendatio circa actionem, uel circa rem petitam, sed circa aliquā qualitatem. ad hoc enim facile respondetur, nam ratio quamobrem possit fieri emendatio, ea est, ne actor, ob errorem sit in damno, quod esset iniquum, ut dictum est, sed in. d §. si detracta, si non liceret fieri emendationē actor omnino esset in damno. quia nihil consequeretur id quod non esset si non fieret emendatio circa rem, si enim debentur mihi decem, & peto quinq;, si non liceret emendare, saltem quinq; haberem, sed si ago cōtra dominum serui, quem per errorem puto delicti conscium, cum non fuerit, si non liceret mihi errorem corrigere, adderéq; formulæ, hæc uerba uidelicet cum noxæ deditione. dominus serui absolueretur, & cum eo amplius mihi agere non liceret, obstaret enim rei iudicatæ exceptio. d. §. si detracta, iccirco penitus essem in damno, sed si liceret errorem corrigere et addere huiusmodi uerba uidelicet, cum deditione noxæ, saltem consequerer seruum, qui eqqum interfecit, est igitur maior corrigendi ratio in. d. §. si detracta q̄ sit ea, ob quam conceditur emendatio circa rem, & consequenter debet esse eadem dispositio. l. illud. ff. ad. l. aquil.

Ratio quamobrē in l. in delictis § si detracta conceditur emendatio

Præterea si spectatur finis, qui in omni re spectandus est, finis agentis in. d. §. si detracta, contra dominum quasi conscium est, ut consequatur integram equi occisi æstimationem, sed postea animaduertens, dominum non esse delicti conscium, corrigens errorem, addit formulæ, hæc uerba uidelicet, cum deditione noxę, intentio, seu finis corrigentis est, ut saltem consequatur seruum: fit igitur emendatio de equi occisi æstimatione, ad seruum occidentem sicut fieri solet, quando quis aliud pro alio petat, ut puta, si petierit Seium cum Stichum petere deberet, quo casu errorem corrigere permittitur. §. si minus. Insti. de actio.

Animaduerte m i Iuli, ne putes ea uerba uidelicet cum noxę deditione significare actionem per se subsistentem, significant. n. qualitatem quandam, qualitas enim est quod adesse, & abesse præter subiecti corruptionem potest, id quod illis uerbis sine dubio conuenit: possunt enim detrahi adijciq; actioni, nec eam corrumpunt ut eodem. §. patet.

Non est ergo mirum, si in eodem iudicio & adijci & detra ueluti qualitas possunt. Iul si ita est quamobrem inscriptus tit. ille de noxalibus actionibus. Fab. attende quæso mi Iu si seruus Titij equum Sempronij interfecerit, Sempronius adu sus Titium serui dominum, actionis. l aquiliæ agere certe po .l. in. l aquilia ff. ad. l. aquil. qua quidem integram equi æstim mationem à Titio si eo conscio id factum est, consequitur. A eo ignorante, tunc eadem actione legis Aquiliæ, adiectis il uerbis, cum noxæ deditione aget, ob eam igitur qualitatem, q affecta est, noxalis actio appellari sine dubio potest: quemadm dum homo a qualitate artis musicæ musicus nominatur, si enim esset actio per se subsistens, sine dubio per se separatim in iud cio deduci posset, id quod fieri nequit, iudicium enim solius n xæ deditionis nullum est .l. miles .§. i. uers. at si iudicium .ff. de re iud.

Est igitur sine controuersia, qualitas, quæ in eodem iudicio actioni præposita, & addi, & detrahi potest. d. §. detracta. cuius ea uis est, ut liceat domino, deditione ipsius serui, litis æstima tionem euitare. l. 1 ff. eo.

Iul. In quo igitur differt hic. §. ab illo. §. eligere. ff. de trib. actio? Fab. in hoc, quia hic agitur de qualitate, quæ, ut dixi, & addi, & detrahi potest, ibi uero sunt duæ actiones per se subsi stentes, quarum neutra altera inesse uti qualitas potest, idcirco e lectione opus est.

Iul. Ex supradictis, uideris aperte tenere, posse etiam emen dationem fieri post litem contestatam. Fab. ita prorsus. Iul. Nō ne huic sententiæ obstat, id, quod Alex. ait? cuius hæc sunt uer ba si post litem contestatam emendare liceret, sententia quæ ferr super eo quod post litem contestatam, esset in libello additum, reperiretur, lata sine litis contestatione, & sic esset nulla. l. prolata Ç. de senten. & ibi not. Fab. Minime obstat, nam si per errore peto quinque, cum decem deberentur, lite contestata super quinque, si postea animaduertens errorem, deleo quinque & scribo decem, & hoc aduersario denunciatum est, in unoquoque enim negotio aduersarius citandus est. l. de unoquoque. ff. de re iud. l. nam ita di uus. ff. de adopt. qui postquam cognouerit mutationem factam, hoc est pro quinque decem scribi, aut negabit, aut confitebitur, si negabit erit sine dubio super decem lis contestata. & ita de eis sententia ferri poterit, cessat enim ratio Alex. aut confitebitur sce dente libello, ut in casu nostro, & tunc aut eo animo confitetur,

ut non cogatur subire iudicium, & non fit litis contestatio, sed præcipitur ei ut soluat, nec ferenda est sententia diffinitiua, hoc etiam casu cessat ratio Alex.aut ita confitetur,ut uelit per sententiam condemnari, id quod interdum sua interest, puta propter conseruandam stipulationem de euictione .l.utique.ff.de rei uen. & tunc per confessionem inducitur litis contestatio:quare si postea feratur sententia super decem ualebit,quia de eis lis est contestata, uide Bar. in .l.1. de lit. contest. non obstat igitur ratio Alex.

Iul. satis hæc responsio mihi facit, sed quid respondetur rationi Ias.cuius hæc sunt uerba:libellus debet ita concipi,ut reus possit deliberare,an uelit cedere, uel contendere .l 1. in prin.ff. eo.istud nunquam esset,si post litem contestatam,& sic post tempus ad deliberandum præstitum, posset libellus emendari, hæc Ias.expecto responsionem. Fab.hæc ratio nihil obest, nam sicut quando peto per errorem quinque, edita actione,datur tempus aduersario,ut deliberet,uelit ne cedere an contendere,ita facta litis contestatione, si postea emendauero,& pro quinque scribam decem,iudex faciet aduersarium de huiusmodi emendatione certiorem.d.l.de unoquoque,dabitque ei rursus tempus,quo deliberet utrum cedere,an contendere ultra uelit. & sic erit certus, & non in suspenso, Reiectio Iaso.op.niõis

Iul. huic responsioni puto assentiendum esse, sed alia ratio uidetur magis urgere. Fab.quænam est. Iul,ea,quam refert Decius in.d.l.edita,ait enim,lite contestata,quasi contractus inducitur.l.iij.§.idem scribit.ff.de pecul a quo pars recedere non potest arg l.sicut .C. de actio. & oblig. hæc ille. Si igitur ab eo, quod proposuit, recedere non potest, corrigere utique non poterit. Reiectio Decii obiectionis

Fab.Nec huiusmodi ratio quicquam obest.licet enim per litis contestationem,quasi contrahatur ex eo quasi cõtractu, actor solum obligatur instantiæ,ut dicit Bar.C.de lit.contest. in tertia col,uers.nam ut dixi nu. xviij.hæc autem obligatio solum operatur,ut actor teneatur stare instantiæ,non autem facit quominus possit emendare,nec obstat.§.idem scribit,ibi enim obligatur reus ex sententia, & consequenter ex quasi contractu ita glos.1. ibi,si ex sententia,ergo post factam emendationem, emendatio enim fit ante sententiam Et ex his stet firma hæc conclusio

Erroris correctio, seu emendatio fieri usque ad sententiam potest. Iul. satis quidem sententia tua mihi facit,

nec uideo quod ei obsit. sed dic quæso potes ne hanc sententi aliqua authoritate confirmare? Fab. possum profecto. Iul. ci ius? Fab. Imperatoris. Iul. ubi nam est? Fab. §. si quis alic Institu. de action. Iul. quomodo hoc probat? Fab. sa aperte.

CCXLIX. Declaratio §. si quis. Institu de action.

ET ut bene intelligas ita casum fingito, iuuenis quidam, c debebatur Stichus, per errorem petijt Herotem, lite contest ta cognito errore dubitabat ne periclitaretur. Iul. & quid periculi subire poterat? Fab. uerebatur ne utrumque mitter Herotem enim quem petierat, habere minime poterat, cum no deberetur, Stichum, qui debebatur, non petijt, & sic neutrum ha bere poterat, & ideo poterat periclitari. Iul. non ab re igitur ue rebatur. Fab. & ita hæsitans accessit ad Imperatorem ab eoque pe tijt, ut consuleret quid agendum esset. Imperator iussit eum bo no animo esse, inquiens, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet: sed in eodem iudicio cognita ueritate er rorem suum corrigere permittitur, quibus uerbis auditis, iuuenis pulso timore errorem correxit, & pro Herote in libello seu for mula, Stichum scripsit: & ita euasit periculum, eodem enim iu dicio Stichum per sententiam consecutus est.

Iul. non dum uideo ubi ille textus probet, posse fieri emen dationem lite contestata. Fab. ibi dum ait, in eodem iudicio co gnita ueritate errorem corrigere permittitur, si eodem iudicio ergo, & post litem contestatam: iudicium enim proprie incipit à litis contestatione. glos in. §. si. l. illud. C. de appel. Ias. in ru brica de in ius uoc. ff & lis contestata, est angularis lapis ipsius iudicij Bal. in cap. i. de lit. contest.

Iul. Satis belle: sed ante litis contestationem potest ne dici iudicium? Fab. potest. Sed non proprie, uerba autem debent proprie intelligi l. i. §. si is qui nauem ff. de exer. actio. Bar. in l. non dubium. C. de leg. Cum itaque Imperator dicat, in eodem iu dicio errorem corrigere permittitur, ut proprie capiatur illud uer bum iudicium, intelligendum est post litis contestationem. Iul. si ita esset, ergo ante litem contestatam, nō liceret corrigere. Fab. immo licet, sed in. d. §. illa uerba, cognita ueritate, ostendunt a:

ctorem

ctorem animaduertisse errorem post litem contestatam, nam ueritas plerunque lite contestata ex testibus, alijsque instrumentis cognoscitur, & si ante litem contestatam, error cognosceretur, pari ratione corrigi posset.

Iul. iam mihi ita esse sat persuasum est, sed uidetur huic sententiæ obstare glos. in d. §. ubi exponit, eodē iudicio, idest apud eundem Iudicem, eodem modo exponit Bar. in l. edita actio in secunda col. in uers. Item cōtra prædicta, ubi ait, eodem iudicio, idest coram eodem iudice, in alia tamen instantia: tu quid ad hæc respondes? Fab. Non possum non mirari, est enim perinde ac si diceret album, hoc est nigrum: longe enim differt iudicium à iudice, ut ex eorū etymologia patet. Iudex enim dicitur, quasi ius dicens, iudicium uerò quasi iurisdictio. C forus. & ibi glos. de uerb sig. sed sit sanè, ut aiunt, ad huc conclusio procedit, fiet enim emendatio coram eodem iudice. Iul. non ita est: ipsi enim intelligunt coram eodem iudicem, sed in alia instantia. Fab. hoc minime recipiendum est: si enim ille tex. loqueretur de alia instantia, non esset opus corrigere libellum, seu formulam, in alia enim instantia nouus libellus, nouaque formula danda esset, in qua actor peteret Stichum qui debebatur: & si in alia instantia peteret Stichum, ut ipsi uolunt quid opus esset emendatione, cum error non adsit, & tamen Imperator dicit in eodem iudicio permitti actori corrigere errorem: & sic loquitur de eo iudicio, & de ea instantia in qua ab aduersario primus libellus, primaque formula edita fuit, in qua, per errorem Herotes pro Sticho petitus fuit, manifestissime ergo patet Imperatorem ibi loqui de eo iudicio, de eaque instantia in qua fuit erratum hoc est de prima, in secunda enim non diceretur erratum ut dictum est: quod aūt non possit intelligi de secunda instantia, ostendunt illa uerba, nihil eū periclitari placet, si enim potuisset petere Stichum, in secunda instantia non oportebat timere periculum: nam licet reus fuisset, à petitione Herotis in prima instantia absolutus condemnandus tamen fuisset in secunda: & sic actor nullum subibat periculum: sed periculum uersabatur in hoc, quod absolutione facta à petitione Herotis, & finito iudicio, si rursus uellet petere Stichum, exceptione rei iudicatæ sum moueretur l. in delictis. §. si detracta. ff. de noxa. actio Ne igitur periculū hoc subiret, Imperator promittit, ut in eodem iudicio possit errorem corrigere & hoc Imperator Prætoris æquitate secutus concessit, ne actor ob errorem esset in damno.

Iul. quid autem si esset appellatum, non ne poterit in sec da instantia emendare libellum? Fab. minime, nam in secu instantia appellationis, non datur nouus libellus, nec fit nou tis contestatio, sed agitur, seu disceptatur ex priori libello, e ma litis contestatione, quamobrem si in prima instantia pos tem contestatam non licebat emendare, ut scribentes aiunt, mi me liceret in secunda, cum sit eadem litis contestatio, nec est quod tempus in secunda instantia, in quo non sit lis contest & sic actor periclitaretur, id quod Imperator non permittit.

Necessario igitur dicendum est, posse fieri emendationẽ in p ma instantia etiam post litem contestatam, ne actor periclite ut. d. §. si quis Insti. de actio. Iul. cogis me fateri ita esse, & p hac tenebo emendationem, etiã post litem contestatã posse fie

CCL. Declaratio an sit necesse expri mere causam actionis in libello. per dialogom.

SEd si tibi grauis non sum, uelim scire an sit necesse exprime re causam actionis in libello. Fab. Placentinus glossator, ut refert glos. in. l. i. ff. de eden. dicebat causæ expressionem idem esse quod actio. Iul. est ne ita ut dicit? Fab. glos. ibi dicit hoc nihil esse, nam hæc tria, obligationẽ, contractum, actionemque di uersa esse ait cum primo, contractus, secundo obligatio, quę duo possunt dici causa, & actio, tertio sit hæc glos. ad uerbum, & idẽ tenet glos. Insti. de actio. in prin. Iul, quid intelligit Placentinus per causam? Fab. contractum est enim contractus, ueluti causa efficiens & ita, dum hic fit mentio causæ, accipito. Iul. ostende si potes Placentini sententiam esse ueram. Fab. ostendam, & Placentino assentior.

Et pro ueritate repete id, quod supradictum est. Iul. quid? Fab. diximus ex sententia Pomponij in. l. ij. ff. de orig. iur. ex le gibus duodecim tabularum actiones quasdam fuisse cõpositas, deinde Sextus Elius alias actiones cõposuit, quæ actiones erant ius, ut supradictum est. postea Appius Claudius ad formam rede git eas actiones.

Erant itaque actiones, narrationes uerbis conceptis compositæ, quibus actor narrabat cõmercium gestum, petebatque sibi aliquid

dari, aut fieri, seu restitui, diximus etiam, huiusmodi narrationē uerbis conceptis compositam, & ad formā redactam, esse actionem, ibi uideto.

Iul & quid narrabatur in ea formula? Fab. narrabatur cōmercium, hoc est causa quamobrem deberetur id, quod petebatur, & narratio illius causæ in iudicio est actio, narrare enim est agere, & consequenter narratio est actio, ubi igitur non est narratio cō mercij, hoc est causæ, non est actio, quemadmodum ubi non est animal rationale mortale, ibi nō est homo: non potest igitur exprimi actio, quin exprimatur causa.

Actio non pōt exprimi quī cau sa exprimatur

Iul. ergo actio, & contractus sunt idem. Fab minime, nā contractus est conuentio quædam siue pactum inter partes, & quando partes contrahunt seu conueniunt, dicuntur agere non autem facere, & consequenter contractus, seu conuentio illa, dicit actio extra iudicialis, & ex tali contractu obligatio, & naturalis, & ciuilis nascitur, naturalis, quia natura ipsa, quis tenetur seruare promissa: ratio enim naturalis suadet seruari id, quod bonum est, semper enim inuitat ad res honestas, & quonammodo obligatio naturalis nascatur, & quid operetur, alibi dictum est.

Ciuilis ideo nascitur, quia ciuitas, quæ uult inter ciues seruari iustum & æquum, constituit a promittentibus id, quod promissum est seruari oportere arg. l. i. ff. de pac.

Obliga: ciuilis unde nascitur.

Et quia contrahentes, iure ciuili tenentur seruare id, quod promissum est, ideo iure ciuili, hoc est constitutione ciuitatis, uinculo quodam ciuili obligati sunt Insti. de oblig. Et quoniam hac obligatione promissor tenebatur aliquid facere, dare, seu restituere, ideo is, cui hoc debebatur, ut illud consequeretur, in iudicio coram iudice narrabat cōmerciū, et rem contractam, hoc est causam, quamobrem sibi deberetur, & hæc narratio, ut dictum est, erat actio, hæc autem causæ narratio ita differt à contractu, quemadmodum res gesta á narratione ipsius rei, seu bellum à narratione belli: contractus enim est conuentio, & consequenter quædam actio extra iudicialis, inter duos, seu plures inita, narratio uerò contractus, hoc est causæ, in iudicio facta, est actio.

Iul. narrare non ne est facti? Fab. certé. Iul. quonam igitur modo potest esse actio, cum actio sit ius? Fab. ipsum narrare est facti, et hoc modo non est actio, ipsa uerò causæ narratio est ius & hoc, ut clare pateat repete, quod sæpius dictum est. Iul. quid? Fab. diximus supra, ius esse ciuitatis ordinationem, ciuitas aūt seu facultas legumlatrix ordinauit, & composuit quasdam cau

sæ narrationes easq; ad formulam reduxit, quibus quis in iudicio posset persequi id quod sibi deberetur, & has cōpositio Iurecons. in. d. l. ii. de orig. iur. appellat iura, & merito, qu. Ciuitate constitutæ sunt, seu approbatæ. §. ius autem. Inst. de i. natural. gent. & ciuil. huiusmodi causæ expressiones, siue nar tiones aptè compositas, Iurecons. in. d. l. ij. appellat actiones positas. & non ab re: omnis enim narratio est actio, ut sæpius ctum est.

Iul. quid si ego narro Cæsaris historiam, ea narratio erit ne actio. Fab. erit profectò, sed extraiudicialis, de qua leges non l quuntur, sed solum tractant de ea narratione, quæ fit in iudicio coràm iudice. Iul. ergo necesse est exprimere causam actionis in iudicio. Fab. ita est, sed ipsa narratio, seu causæ expressio est actio, ad huc non capis.

Actionis causā in iudicio necesse ē exprimere

Iul. & quid si causæ narratio est inepta, reijcietur ne libellus, in quo narratio illa scripta est.

Fab. animaduerte quæso, hæc narrationis appellatio est nomē æquiuocum, quemadmodum canis: canis enim significat stellam, piscem, & animal latrabile, finge nunc aliquem cocum iubere fa mulo, ut afferat ad se canem pro prandio, si famulus afferet piscē, qui canis appellatur, cocus recipiet, est enim aptus prandio, at si afferat animal latrabile, qui etiam canis appellatur, cocus profe cto reijciet, non enim est aptus prandio. Iul. quorsum hæc? Fab. ita si actor, qui dicit sibi à quopiam aliquid deberi in iu dicio, proponat narrationem causæ, ex qua facilè pateat ab ad uersario id dari, aut fieri oportere, iudex eam admittet, est enim apta ad persequendum, quod debetur, exempli causa, si Sempro nius coram Iudice petat sibi dari à Titio centum, si nil aliud di cat, nihil agit: at si narret, seu exponat causam quamobrem id pe tat, puta quia uendidit ei equū, & tradidit, rectè aget, at si actor petat sibi centum à Titio dari, & proponat causæ narrationem, ex qua non appareat ab aduersario sibi id dari, fieriue oportere, iudex eam narrationem reijciet, exempli causa, si Sempronius co ram Iudice petat sibi dari à Titio centum, deinde ponat causæ narrationem, ut puta quia Rex est in Francia, huiusmodi causæ narratio, quia non ostendit Titium dari oportere, merito reijcien da est. Iul. quid si aduersarius non opponat, reijcietur? Fab. prorsus cum non sit apta ad persequendum quod proponenti debetur, cū ex ea non appareat id, quod petitū est dari oportere,

Causa sep tare[illegible] parte non opp[illegible]te

CCLI. Declaratio quando libellus obscurus reiiciatur etiam parte non opponente, & consequenter .l. fi. .C. de annal. excep.

IVl. si pateris, mihiq; ignoscis, uelim & quædam alia percunctari. Fab. percunctator. Iul. libellus obscurus admittetur nea Iudice. Fab. quem appellas obscurum? Iul. hunc uidelicet, si debes mihi ex pluribus causis, ex deposito centum, ex uendito centum, & ex testamento totidem, & in libello coram Iudice petam dari à te mihi cẽtum, & causam quamobrem mihi dare debeas, non exprimo, & ideo libellus est obscurus, Huiusmodi libellus est ne reiiciendus, etiã parte non opponente? Fab. etiam. Iul. aduersaris scribentibus. aiunt enim ipsi libellum obscurum esse admittendum parte non opponente, id quod probari aiunt in .l. fi. C. de annal. excep. & huiusmodi libellum aiunt posse emendari usq; ad sententiam. Fab. ita ut ais, dicunt, sed eorum sententia minime placet, & dum ipsi aiunt emendationẽ posse fieri ad sententiam usq; hoc uerum esse confirmo in omnibus libellis, seu narrationibus, ubi est aliquid erroris, sed in hoc libello obscuro non est locus emendationi, sed totus est reiiciendus, cum non contineat causæ narrationem, quare debeat, & consequenter non continet actionem.

Iul. quid igitur uult illa .l. fi. quam ad id scribentes citant. Fab. alius est illius legis intellectus. Iul. age si placet aperi, quid sit. Fab. mos tibi gerendus est. *l. fi. C. de annal. excep. declaratio*

Et ut plene capias, scito actiones quasdam tribus annis præscribi: ut sunt hæ, quæ competunt ad res mobiles, alias decem, uel uiginti annis, & hæ sunt quæ competunt ad res immobiles, quas is præscribit, qui bona fide & titulo possidet: alias uero triginta annis, & hæ sunt, omnes aliæ personales, siue hypothecariæ. Insti. de usucap. &. C. de præscrip. xxx. uel. xl. annorum l. sicut. &. l. omnes. Iul Quamobrem elapsis huiusmodi temporibus repellebantur agentes? Fab quia putauit legumlatrix facultas huiusmodi temporum spatia, satis esse dominis ad agendum, & repetendum res suas: at si tanto tempore fuissent desides & sui iuris contemptores prescriptionis exceptione repelli uoluerunt: at si is, qui actiones habet, faciat aduersariũ citari, seu

libellum offerat, præscriptio interrumpitur, & a citationis seu libelli oblati die, quadraginta annis, ad huc actiones integræ erunt: quamobrem si tu possedisses fundum meum, titulo, bonaque fide nouem annis cum dimidio, & tibi super hoc libellum offerram deinde aliquam ob causam desisterem, postea quadraginta annis tuto aduersus te agere possum. l. i. de anna. excep. C.

Iul. & hæc quid ad. l. fi. Fab. Audi obsecro, Finge abs te mihi ex multis causis deberi, puta ex deposito centum, ex mutuo alia centum, ex testamento totidem, tenerique etiam hypothecaria quadam actione. postea elapsis fortasse nouem & uiginti annis ago contra te, & produco libellum, in quo simpliciter dico te mihi esse obnoxium, & ideo peto te cōdemnari. Iul. quid ais? non ne hic libellus est penitus obscurus, & ita non potest esse certus aduersarius, utrum uelit cedere, an contendere, quod est contra. l. i ff. de eden. Fab. Ita est prorsus ut ais. Iul. Non erit igitur admittendus. Fab. sed audi, non admittitur libellus ad hoc, ut aduersarius cōdemnetur, imo quo ad hoc est penitus reijciendus, cum in eo nec causa nec quantitas sit expressa, sed huiusmodi libellus efficit, ut omnes actiones, quibus aduersarius tenetur, usque ad quadraginta annos perpetuentur, qui à die citationis ut dictum est currere incipiunt. Iul. quid autē si actor exprimat unam quantitatem cum causa sua, ut puta quis petat centum, quæ sibi ex deposito debentur, interrumpentur ne aliæ actiones Fab. Imperator in d l. fi. ait, omnes actiones, quibus aduersarius tenetur, si unius facti est mentio omnino interrumpi

Libellus obscurus licet nō admittatur mittatur tamen ad aliquid prodest

Iul. mirum est hoc quid potest esse in causa? Fab. causa, quamobrem actiones præscribuntur est, quod eo tempore domini fuerunt desides, suique iuris contemptores, ita Imperator. d. l fi. in fi. & cessante causa cessat effectus. l. adigere. §. quamuis. ff. de iur. patron.

Iul. hoc posset procedere quando actor suum obnoxium, hoc est suum debitorem, nulla expressa causa in iudicium citari facit quo casu potest uideri omne ius suum in iudicium deduxisse, sed quando unam causam deduxit, nonne in alijs est negligens? Fab. huiusmodi exceptiones aduersus actionem sunt odiosæ, ut ait Imperator in. d. l. fi. in fi. & ut dictum est, contra desides opponuntur, idcirco cum actor non sit deses, nec ius suum contēnat Imperator uoluit diligentiam uni causæ adhibitam, in alijs etiā actori esse adiumento, cum penitus non fuerit deses, & hoc tantum inducit illa lex fi. non autem dicit libellum quamuis obscu

rum, parte non opponente, esse admittendum: nam licet pars nõ opponat, tamen iudex officio suo eum non admittit, & est perinde ac si non fuisset oblatus, & si actor offerat se declaraturum probaturumque summam sibi debitam in eo libello, hoc facere nõ potest: sed rursus dandus est aptus, clarusque libellus, quo libello reiecto, citatio tamen facta sufficit ad interrumpendum omnem præscriptionem.

l. fi. C: de an. exc nullo modo probat admittẽdum esse libellum obscurum

Hic est sensus illius legis, & ita Bar. sentit ibi.

Concludo igitur libellum, in quo non est narratio, seu causę expressio, quamobrem res petita debeatur, nullo modo esse admittendum, nec licet actori corrigere, cum totus sit error, tunc enim corrigi potest, quando formula actionis, hoc est narrationis est apta, reique petitę consentanea, inest tamen aliqua menda, ut patet in exemplo uestis, & picturæ supra posito.

Iul. Quid si actor uellet declarare? non ne posset? Fab. quo modo declarabit? Iul. Petet sibi centum, eo quod dedit mutuo totidem. Fab. Hoc ipsum non est declarare actionem propositam, sed datur noua formula in nouo libello scripta, & noua interpellatione opus est, ut aduersarius sciat, utrum cedere an contendere ultra debeat. l. i. ff de eden. Iul. Potest ne hoc facere. Fab. Quid ni. non ne Imperator in Aũt, qui semel. C, quo modo & quando iudex in hæc uerba ait, qui semel actionem proposuit, necesse habet usque ad finem litem exercere. Fab. Ait profecto. sed quid tum. Iul. quonam modo poterit libellum declarare, si usque ad finem litem exercere debet. Fab. Nõ uideris considerasti uerba illius tex. Iul. quæ nam uerba. Fab. illa scilicet, qui semel actionem proposuit, nam in casu suprascripti obscuri libelli, nulla, si bene cõsideres, proposita, est actio sed simpliciter dixit, peto aduersarium mihi obnoxium cõdemnari, ut tenet Bar. in. d. l. fi. de annal. excep. in. ij. not. non est locus. d. Aũt. qui semel.

Iul. Quid si ex multis unam causam, quantitatemque ex ea debitam expressit. ut puta si Titius peteret à Sempronio centũ, eoque uendidit sibi fundum, & tradidit. Fab. Necesse est usque ad finem eam exercere. Iul. & si errasset in ea formula, posset ne emendare. Fab. Finge errorem. Iul. petijt quinquaginta cum uendidisset fundum centum. Fab. hui tam parum habes memoriæ, non ne sæpius dictum est, licere errorem corrigere, etiã post litem contestatam. Iul. certe, sed dubitabam quomodo possit fieri emendatio, si usque ad finem exercenda lis est. Fab. non sunt

hæc pugnantia, Poteſt enim quis emendare formulam, & uſq; ad finem, litem exercere. Iul. ſi exiſtimem mihi deberi centum ex depoſito, & ita petam, & re uera debebantur ex mutuo, potero ne mutare formulam. Fab. minime, debes enim uſq; ad finem, actionem depoſiti exercere, & ſi uis formulam mutare, & petere ex cauſa mutui, debes renunciare & inſtantiæ, & cauſæ depoſiti propoſitæ. Iul. ergo Aut. qui ſemel non corrigit. l. edita. C. de eden. Fab. non prorſus, non enim Aut. negat emendationem poſſe fieri, ſed ſolum dicit, litē uſq; ad finem exercendam eſſe. l. uero edita dicit actionem ſeu formulam poſſe emendari, et emendatam ad finem uſq; exercendam eſſe per. d. Aut. qui ſemel. C. quomodo & quando iudex.

Aut qui ſem l non corrigit l. edita

CCLII. Declaratio quomodo ex contractu obligatio, et ex obligatione actio naſcatur.

IVL. iam ſatis de huiuſmodi emendatione, mihi factum puto, nunc ni tibi moleſtum eſt, uelim ſcire, id quod aiunt ſcribentes. Fab. quid aiunt. Iul. ſi bene memini dicunt ex cō tractu obligationem, ex obligatione actionem naſci, allegantes .l. licet, §. ea obligatio de procu. & Inſti. de oblig. in prin. Fab. bene meminiſti ſed putas ne eas naſci, quemadmodum filius ex matre, & ex arbore fructus naſcuntur.

Iul. & quomodo naſcuntur. Fab. audi, Ariſto v. Ethic. dicit ab æqualitate conſeruari & artem, & ſocietatem, & ſi tolleretur æqualitas, tollerentur omnes artes, omneſq; ſocietates & conſequenter ciuitas, cum ſit ciuium ſocietas. iij. Polit. Iul. non percipio. Fab. apertius dicam, finge duos artifices, fabrum lignarium, & ſutorem, quorum uterq; habeat in bonis centum, ſi faber daret ſutori armarium, decem aureis æſtimatum, contra uero ſutor daret illi tot calceos, qui etiā decem ualerent, ſeruaretur inter eos æqualitas, & unuſquiſq; haberet ius ſuū, hoc eſt iuſtum: neuter enim eſſet in damno, at ſi ſutor nihil daret fabro lignario, à quo armarium habuit, uel è contrario, ſi faber nihil daret ſutori, à quo calceos accepit: & ſic in alijs artibus tollerēt æqualitas, & conſequenter tollerentur artes. eodem modo dicendum eſt de ſocietatibus, quæ etiam tollerentur, niſi in eis ſeruetur æqualitas

l. ſi. non

.l.si non fuerint partes.ff.pro soc.Insti.de socie.§.i. & sublatis artibus, societatibusque ciuitas stare non posset .v.Ethic.

Hoc animaduertens ciuitas, seu legumlatrix facultas ordinauit quoddam uinculum, non ex lino siue cannapo, sed ex æqualitatis filis, quo uoluit circūligari eos, qui ex contractu, uel quasi ex maleficio, uel quasi, alteri debet, quo uinculo posset uinctus constringi à iudice ad id, quod debet soluendum. Iul. quare appellatur uinculum? Fab. á uinciendo, hoc est ligando, eo quod homines, qui aliquid debent, eo circumligantur, hoc est oblīgātur. Iul. quamobrem dicitur uinculum iuris. Insti. de oblig. in prin. ligatur ne ius eo uinculo. Fab. ut intelligas, scito, genitiuū posse capi actiue, & passiue, ut puta uulnus Achillis, si huiusmodi genitiuus capiatur passiue significatur uulnus, quod ab aliis accepit Achilles, si uerò actiue significatur uulnus, quod aliis Achilles intulit, in proposito ille genitiuus iuris, non passiue, sed actiue capiendum est, hoc est uinculum quo ius alios ligat, & huiusmodi uinculum quo ius, hoc est ordinatio ciuitatis ligat quempiam ad aliquid soluendum est obligatio, obligatio igitut dicitur quasi circumligatio, hæc autē obligatio dicitur nasci ex commerciis, eo quod ciuitas seu legumlatrix facultas hoc uinculum introduxit, ut seruaretur æqualitas in commerciis, & ita commercia aliquo modo sunt causa huiusmodi obligationis, non quod obligatio proprie nascatur ex cōtractu uel maleficio, sed contractus & maleficia fuerunt in causa, ut hoc uinculum ordinaretur, quemadmodum si diceres, domus nascitur ex uento, & pluuia quia uentus & pluuia sunt causa, ut ædificetur domus, quæ nos ab illis defendit. Vinculum iuris quare appellatur

Iul. iam hoc percepi, sed quomodo nascitur actio ex obligatione. Fab. nec istud proprie dicitur, non enim actio ex obligatione nascitur, quemadmodū filius à matre, sed obligatio est causa quædam remota, & id quod nobis debetur tanquam finis, est causa propinqua, ut actionem habeamus. Iul. Hæc obscura uidentur. Fab. iam clara fient. Scito, finem habere principii rationem. vi. Ethic. Est .n. finis id, cuius gratia cætera agimus, Exempli causa, ædificator uult facere domum, domus est ædificationis finis, qui finis est causa, ut ædificator inueniat media ad illū consequendum, ut igitur habeat domum, præparabit calcem, saxa, arenā, & huiusmodi, & sic domus uti finis, est causa ut hæc præparentur. Finis ratio nem principii habet

Iul. quamobrem hæc? Fab. audi, id quod ex obligatione no

Actiones sunt media ad persequendum finē idest quod nobis debetur

bis debetur, est uti finis, qui ueluti principium quoddam agendi est ad præparanda media, quibus illum prosequamur, media autem sunt actiones, quibus in iudicio propositis consequimur illum finem, hoc est habemus, quod nobis debetur, est enim actio ius persequendi in iudicio quod nobis debetur. Insti. de acti. in prin. Illud igitur quod nobis debetur, fuit causa uti finis, ut actiones componerētur, & obligatio est causa, ut nobis aliquid debeatur: meritò igitur dicitur actionem nasci ex obligatione, uti ex causa remota, & ex eo quod nobis debetur, uti ex fine & causa propinqua. Iul. iam uideor intelligere.

CCLIII. Declaratio an obligatio debitoris, et creditoris sit una et eadem.

SEd obiter scire uelim, obligatio non ne creditori acquiritur? Fab. certe Insti. per quas pers. oblig. acqui. Iul. ergo ex eodem contractu nascuntur duæ obligationes, & sic duo uincula. Fab. erras, unum tantum est uinculum, quasi unus funis incorporalis, cuius uno capite uincitur debitor, alterū uero caput acquiritur creditori, & ita trahit ipsum debitorem.

Iul. & quid si debitor peregre proficiscatur, erit ne huiusmodi uinculo alligatus. Fab. erit sanè. Iul. longissimum est profecto id uinculum. Fab. neq; longitudinem, neq; latitudinem, neq; altitudinem habet: est enim incorporeum. Iul. quomodo igitur tam longe uincit debitorem? Fab. uirtute quadam sua. Iul. dic apertius. Fab. exemplo tibi opus est: sol, licet à nobis maiorem in modum distet, tamen uirtute sua nos calefacit. Ita huiusmodi iuris uinculum, debitorem, licet longe absit, uirtute quadam sua uincit. Iul. consentaneū est exemplum, sed sol eam uirtutem à Deo habet. Fab. & hoc uinculum uirtutem suam habet à ciuitate, seu à legumlatrice facultate. Iul. magna est potentia huius legumlatricis facultatis. Fab. maxima, hæc enim ordinat, disponit, fingit, iubet, uetat, & tandem quicquid uult, agit circa humanas operationes, ut in. i. Ethic. legitur. Iul. satis mihi mirum in modum iam fecisti, ago igitur singulares tibi gratias. Fab. gratiæ non mihi, sed Deo agendæ sunt, Vale.

CCLIIII. Declaratio quamobrem statutum dicatur stricti iuris.

QVæri sępius audiui, quamobrem statutum dicatur esse stricti iuris, licet alij aliter respondeant.

Tu uero ut paucis rationem habeas, scito, ius ciuile nil aliud esse, q̃ uniuersalem ciuitatis ordinationem, ut ait Aristo. in .i. Polit. & alias dictum est, quod enim ciuitas Romana sibi constituit, ius Romanorum appellatur. §. ius autem Insti. de iur. nat. gent. & ciuil. Vt igitur bene recteq́ in ciuitate uiuatur, bona, recta q́ opus est ordinatione, hæc autem à prudente legumlatore facienda est, ad omnem siquidem uitam opus legibus est. Arist. x. Aethic. leges enim de omnibus præscribunt ea spectantes, quæ communiter omnibus conferunt. v. Aethic. Prudens enim legumlator, ciuitatis, quiq́ in ea sunt, omnium, commoda consultat, consectaturq́ Aethic. vi.

Talis itaq́ in uniuersum Romanæ ciuitatis ordinatio est ius quoddam in uniuersum, appellabaturq́ ius largum, eo ꝙ largas habebat uires: nam non solum qui Romæ degebant, sed omnes populos Romano imperio tũc audiẽtes, ui sua ligabat: sed quia non idem est cuiq́ salubre, & utile, sed alia, alijs bona esse perspicuum est. v. Aethic. ut puta piscibus bonum est esse sub aqua, nõ autem in aere, auibus autem non sub aqua, sed in aere esse conducit, cum igitur in illo largo populi Romani iure, multa continerentur, quæ alijs populis, imperio Romano subditis, tum locorũ, tum personarum ratione, minime conducebat.

Hanc ob causam, ut illorum utilitati prudenter consuleretur, (Prudentis enim est bene consultare, circa ea, quæ non solum sibi sed alijs utilia sunt) lata est lex à Romana ciuitate, qua rectè cautum est, ut quisq́ populus posset ordinare, seu statuere, id quod sibi, ciuibusq́ suis conduceret. l. omnes populi. ff. de iusti. & iur. magis enim quod accomodatum sibi est, unusquisq́ consequitur. v. Aethic.

Talis autem cuiusq́ populi particularis ordinatio, seu constitutio, erat ipsius populi ius, appellabaturq́ ius strictũ, eo ꝙ strictas haberet uires: solum enim eum populum a quo statutũ erat, intraq́ illius territorium, & non ultra, ui sua ligabat. l. fi. de iurisdic. om. iud. & ibi Doc.

Hoc autem ius strictum, alio & usitato nomine statutum ap-

pellatur, diciturq́ esse stricti iuris, ob id quod unius populi territorio clauditur, contineturq́, illud autem populi Romani uniuersum, seu generale ius, merito largũ appellari potest, eo ꝙ per multorum populorum territoria extendebatur, uimq́ in eis, sine controuersia, habebat, extendebatur inq̃ per omnia territoria, q̃ populo Romano subiacebat.

Sit igitur ius, uti genus, diuidaturq́ in duas species, quarum una dicatur ius largum, quod est ius illud in uniuersum seu generale: Altera dicatur ius strictum, seu particulare, quicquid igitur in illo stricto iure a populo expressum est, in eius territorio custodiri dumtaxat oportet. d.l.fi. ac de his rebus, deq́ his personis, quarum in eo manifesta sit mentio, & non ulterius intelligendum est, ut not. in. l. quicquid astringendæ. ff. de uerb. oblig.

Id uero, quod palam uerbis non exprimitur, omissum esse intelligendum est, & ad ius illud largum, hoc est ad ius commune recurrendum: si in eo id palam uerbis exprimitur, quoniam neq́ ex similibus, neq́ ex eadem ratione, ex hoc iure stricto, iudicare permittitur, cum ab hoc stricto, uti inferiori ad illud largũ, uti ad superius, recurri posit. l. de quibus. ff. de legi. vers. si nec id &c.

In eo uero quod in iure largo, palam uerbis non exprimitur, ex similibus ad similia, uel ex eadem ratione procedere necessarium est: alio quin casus remaneret indecisus: cũ non sit aliud ius superius, ad quod recurri possit, nec omnes articuli legibus comprahendi possunt. l. non possunt, & l. neq́ leges. ff. de legi.

Necessario igitur ex similibus, seu ex eadem ratione in dicto iure largo iudicandum est.

Summa hæc sit, aut res, & personæ, de quibus controuersia oritur sunt expressæ in iure stricto, hoc est in statuto, & de his secundum illud iudicandum est, aut in eo non sunt expressæ, sunt tamen in iure largo comprahensæ, & tunc de illis, iure scripto, neq́ ex similibus, neq́ ex eadem ratione est iudicandum, sed ius illud largum consulendum est: quando uero res, seu personæ, a iure stricto omissæ, a iure largo minime comprehensæ sunt, tunc secundum ius strictum, ex similibus, seu ex eadem ratione, res decidenda est intellige in eo loco ubi est ius strictum, propterea ꝙ ad ius illud largum seu commune recurri minus possit, eo ꝙ tales res, seu personæ in eo non sunt expressæ, ne igitur casus emergens indecisus remaneat, poterit, iure illo stricto, ex similibus, seu ex eadem ratione controuersia finiri, nã in tali casu cur idem in iure stricto, quod in largo, non concedatur, ratio reddi nõ po-

test,arg.l.a Titio in fi.ff de uerb.oblig. Et probatur in.l.de quibus,ibi tunc quod proximum & consequens ei est, hoc est consuetudini,quod ius strictum appellatur, & nota diligenter illud relatiuum ei,refert enim antecedens proximum,hoc est consuetudinem,& in hoc casu non est recurrendum ad ius largum hoc est commune,Tunc enim ad illud recurrendum est, quando in iure stricto,hoc est in statuto illud simile non reperiretur.d.l. de quibus. Vers.;si nec id.

Et ex supradictis arbitror,uerã colligi posse rationem, quamobrem statutum dicatur stricti iuris, & quando extensio, nec de re ad rem,neq; de persona ad personam facienda sit, & quando & quomodo procedendum sit ex similibus,seu ex eadẽ ratione.

Sunt nonnulli,qui dicãt,statuta ideo esse stricti iuris,quia per stipulationem,uel ad eius instar fiũt, huius opinionis origo fuit Bal in.l.contractus.C.de fi. instru. Soc. iunior in repetitione.§. Cato.l.eadem.ff.de uerb.oblig.num.24.refert,& sequitur.

Ego uero quid isti uelint,non intelligo,nisi fortasse uelint dicere q; ex quo lex est quod populus Romanus, senatorio magistratu interrogante,ueluti consule constituebat. Et quia statutum est lex municipalis,ut not.in.l.omnes populi.ff. de iusti. & iur. pari ratione statutũ erit,quod quisq; populus,interrogante plebeio magistratu sibi constituit.

Est igitur qui interrogat aliquid faciendum, ut puta plebeius magistratus, est etiam populus qui promittit se illud facturum, & sic uidetur quodammodo stipulatio,sed si ob id statutum dicitur stricti iuris,ergo omnis lex, omneq; plebiscitum est stricti iuris,hæc enim magistratu interrogante cõstituuntur.inst.de iur. na.gen & ciuil.§.plebiscitum,id quod si quispiam diceret, rem profecto absurdissimam diceret,Non est itaq; uera ista ratio, nec illa interrogatio habet instar stipulationis, sed res ita se habebat cum populus legem aliquam conditurus erat,curiata comitia id est uniuersus populus per lictorem adesse iubebatur, ibiq; magistratus tanquam orator urgenti oratione,id quod ipsius populi interesset,statuere persuadebat, & in finchis uerbis utebatur.

Hæc ita ut dixi,ita uos quirites rogo, uide Gell. lib. v. cap. decimo nono. & lib. x. cap. xx. hinc est quod cuiusq; legis. cuiusq; plebisciti origo.& quasi fons rogatio est, nam nisi populus aut plebs rogetur, nullum plebis, aut populi iussum fieri potest, hinc est quod Imperator ait in .d.§. lex, rogante magistratu.

Animaduerte quia in.d.§.lex est menda scriptum est enim interrogante magistratu, cum legendum sit rogante magistratu, uide Gell.lib.x.cap.xx.& lib.v.cap.xix

Non est itaq; stipulatio, nec instar stipulationis, sed est rogatio quædam, & si quispiam diceret tali ratione statutum esse stricti iuris, tu itidem dicas eadem ratione omnem legem esse stricti iuris, quod quam sit absurdum nulli non patet. Teneas igitur suprascriptam rationem, quam arbitror esse ueram.

CCLV. Declaratio .l.assiduis.C. qui pot. in pign. hab. in qua ostenditur mulierem habentem expressam hypothecam, præferri habenti etiam expressam anteriorem.

IVL. Quam oportune mi Fabi aduenis, maximopere enim tecum loqui optabam. Fab.& ego itidem tecum. Amicum enim cum amico esse, consabulariq; delectatio summa est. Est enim amicus alter ipse, sed quid est, de quo mecum loqui tantopere exoptas? Iul.nudius tertius talis mihi facti species proposita est. Quidam nomine Flaminius, acceptis mutuo centum a Francisco omnia sua bona ei pignori dedit, deinde duxit uxorem nomine Iuliam, acceptaq; dote, itidem omnia bona ei hypothecæ dedit, mortuo Flaminio sine filijs, sineq; testamento, relicta in eius hæreditate una domo, unoq; fundo tantum, frater uti proximior hæreditatem adiuit, quo facto Franciscus uir quidam impiger animaduertens Flaminij facultates uix sibi pro credito satis esse cæpit hypothecaria aduersus heredem agere, quo audito, Iulia inter fœminas profecto prudens, eodem modo agere cœpit, quamobrem non parua orta est inter eos cõtrouersia, Franciscus enim dicebat se esse præferendum, eo quod prius hypothecam accepisset, & qui prior est tempore potior habendus est, allegabat l.si fundum.C.qui potior in pig haben.& l.potior.ff. eod.

E contrario Iulia se omnimodo præferendam aiebat, cum fauore dotis constitutum sit, mulierem alios creditores antecedere, licet sint anteriores, citabat.d.l. assiduis. Fab. Quid aiunt in huiusmodi controuersia scribentes? Iul.in duas diuisi sunt clas

ſes, Vna tamen altera maior eſt, ut refert Iaſ. in. l. i. ff, ſolut. mat. in. 2. lectura Fab. & tu cui adhæres. Iul in iudicando (ut aiũt) maiori numero ſtandum eſt. Ego uero non plurium opinionem ſed ueritatem, ſi quomodo appareat, amplectendam exiſtimo. Fab. Recte exiſtimas ea autem diu in occulto eſſe non poteſt. Aiunt enim eſſe temporis filiam, eo quod ſi aliquãdiu latuerit, tempore tamen emergit. Iul. nihil mihi antiquius ſtudio ueritatis, hac in re præſertim. Fab. ubi nam putas inueniri eam? Iul. in. d. l. aſsiduis. ibi enim in hunc diem implicita latuit, quã ſi more tuo aperte explicaueris, ſine dubio omnibus perſpicua apparebit. Fab. poſtq̃ ita in me confidis tentabo. Iul. Sed antequam aggrediariſ, dicas obſecro, quid putas ea lege, ab Imperatore eſſe conſtitutum? Fab. hoc ipſum uidelicet. Mulierẽ expreſſam hypothecam habentem, dotis fauore præferendã eſſe: aliis expreſſam etiam anteriorem habentibus. Iul. Pergratum mihi feceris, ſi id oſtenderis.

Veritas filia tẽporis

Fab. Imperator aſſiduis mulierum querelis uexatus, quæ, occupatis à creditoribus maritorum ſubſtantiis, ſuas dotes deperditas lugebant, ut igitur mulieribus perſpiceret, ad leges antiquas reſpexit, inuenitq; eas in perſonalibus rei uxoriæ actionibus, prærogatiuam præſtantes. Iul. Quam? Fab. ut contra omnes perſonales actiones habeant priuilegia, & creditores alios antecedant, licet ſint anteriores. Hæc Imperator in. d. l. aſsiduis, in uerſ. Nos itaque, ſubdit deinde in uerſ. & hoc, inquiens, & hoc in perſonalibus ſtatuerant. At ſi ad hypothecam inquit reſpiciebant.

Iul. ſubſiſte parumper, eſt enim interpellandi locus, cuius erat hypotheca, ad quam leges illæ reſpiciebant? Fab. mulieris aliorumq; creditorum. Iul. erat ne expreſſa, an tacita? Fab. expreſſa ſine dubio. Nam eo tempore tacita minime erat: fuit enim à Iuſtiniano multo poſt tempore inuenta. l. unica. §. i. C. de rei uxo. act. Iul. intelligendus eſt igitur ille tex. in. l. aſsiduis de expreſſa. Fab. certe, & ita teneas. Iul. ita tenebo; perge ſi placet.

Fab. ſequuntur mox illa uerba, uidelicet, illico iuſtitiæ uigore relaxabant. Iul. Quid huiuſmodi uerba ſibi uolunt. Fab. ut intelligas, ſcire prius oportet, in quo ipſa iuſtitia conſiſtat. Iul. & hoc ipſum ſcire aueo. Fab. Audi itaq;. in commerciis humanis, reperitur plus, & minus, ſeu lucrum, & damnum, inter quæ eſt medium quoddam, quod non eſt. neque plus, neq; mi-

Iustitia î quo cõsist.

nus,neque lucrum neque damnum,& in hoc consistit iusti ia, iustum:si quidem lucrum & damnum sunt duo extrema, quo utrunꝙ est iniustum. Iul. non bene percipio. Velim hæc mi exemplo explicari, exemplo enim res clarior fit. Fab. mor geram uoluntati tuæ. Si tu haberes equum ualentem centum, lumꝙ Petro sexaginta uenderes,si eum traderes.acceptis ab e ptore sexaginta, sine dubio esses in damno , quia minus in p trimonio nunc haberes,quam prius habebas, ille uero esset in l cro , quia plus nunc quam prius haberet. At si uenderes illu tanti quanti ualet,hoc est centum, hisꝙ acceptis , traderes equu neuter uestrum esset in lucro,neuterꝙ in damno.& hoc est illud medium, in quo iustum & iustitia consistit. Hæc ex.v. Ethic. Iul. iam capio,sed quid ad rem. Fab. Quando mulier mari to suo dotem dedit,pro qua eius bona hypothecæ accepit, si a lius creditor,qui hypothecam anteriorem habebat,mariti substa tiam uendicaret, mulier sine dubio dotem amitteret, & ita esset in damno, & hoc profecto esset iniustum. At si mulier habens expressam hypothecam præferatur creditori itidem expressam, anterioremque habenti , habebit dotem suam, quo facto nõ erit neque in damno,neque in lucro , sed erit in quodam medio, in quo,ut dictum est iustitia consistit.

Iul. dum Charybdim uitare cupis , uideris mihi in Scyllam incidisse,Nam cum inquis, esse iustum expressam mulieris hypo thecam expressæ alterius creditoris etiam anteriori præferre, ne mulier suam amittat dotem,facis ut alter creditor,qui potior est tempore,suam perdat pecuniam, & ita erit in damno, & conse quenter erit iniustum,id quod euitare tantopere studes? Fab. per belle mi Iuli occurris : sed unum uelim abs te contendere. Iul. quid? Fab.hoc inquã,ut quemadmodum ego fateor bonum es se à creditore suam recuperari pecuniam, ita tu mihi fatcare ma ius esse bonum mulieri suam dotem ex mariti substantijs conser uari. Iul. hoc nisi ita esse ostendas minime fatebor. Fab. osten dam, ausculta. Aristo,i.Ethic.ait, Id quod est bonum totius ciui tatis,maius, perfectius,diuiniusꝙ habetur, q̃ id quod est bonum unius hominis. Iul. ita reor. Fab. sed dotem mulieribus con seruari, est bonum totius ciuitatis,quoniam reipublicæ interest, ut facilius nubant ad sobolem procreandam, replendamꝙ libe ris ciuitatem.l.i.ff.sol. matri. Ergo dotem mulieribus seruari est iustius , q̃ pecuniam alijs creditoribus etiam anterioribus solui, seu restitui, & hic est ille iustitiæ uigor,quem leges antiquæ rela

xabant

xabant hoc ipsum ostendit Imperator, dum ait, Si ad hypothecam respiciebant, scilicet leges antiquæ, illico iustitiæ uigorem, idest uirtutem & firmitatem, relaxabant, hoc est resoluebant, Hæc Imperator, id quod erat maximopere absurdum, quia bonũ mulierum & per cõsequens bonũ publicum, uti maius, perfectiusque erat bono priuato, uti minus bono præferendum. l. unica § si C. de cadu tollen. Aũt. res quæ. C. communia de leg. Id quod cum leges illæ antiquæ minime fecissent, resoluebant iustitiæ uirtutẽ.

Iul. quomodo resoluebant? Fab. quia in cõtrarium agebant, Præponebant enim hypothecam alterius creditoris hypothecæ mulierum, & per consequens bonum priuatum bono publico, id quod summopere erat iniustum. & hoc ipsum ostendit Imperator dum ait, & senioribus hypothecis, nouas mulierum hypothecas expellebant: hoc est, antiquæ leges reijciebant hypothecas mulierum nouas, hoc est posteriores, hypothecis aliorum seniori bus, idest anterioribus. Est enim septimus casus. Fab. ablatiuus sine præpositione, dicitur etiam instrumentalis, quia ostendit instrumentũ quo res agitur, ut puta percutio Seium baculo, nam si diceres cum baculo, ostenderes, & Seium & baculũ percussum, Ideo dicit Imperator, expellebant nouas hypothecas senioribus hypothecis. Iul. ergo Imperator redarguit antiquas leges? Fab. ita est, nam & alibi idem facit. l. maximum uitium. C. de liber. præter.

Iul. quid deinde. Fab. Imperator in uersiculo, nec ad fragilitatem &c. reddit rationem quamobrem antiquæ leges erant corrigendæ, inquiens, nec ad fragilitatem mulierum respicientes nec quod & corpore & substantia, & omni uita sua, maritus fungitur, cum mulieribus tota substantia in dotibus constituta est. Iul. quid uult Imperator ex his rationibus inferre. Fab. hoc inq̃, quia si ad has rationes leges illæ respexissent, certè nouas mulierũ hypothecas senioribus, hoc est anterioribus præposuissent: propterea quod maritus qui uxoris uitæ & substantia fungitur, est in lucro, & si mulier dotem suam per hypothecam non seruaret, esset utique in damno: hoc autem est iniustum, quoniam quando unus est in damno, alter in lucro, sine dubio id est iniustũ, ut. v. Ethic. & supradictum est.

Iul. quid igitur illis antiquis legislatoribus agendum erat? Fab. quid esset agendum explicat Imperator, in uersiculo oportebat, ait enim, oportebat disponi maritos creditoribus suis, ex sua substantia satisfacere, & non de dote mulieris. Iul. uocabula

clara sunt, sensus uero subobscurus. Fab. si obscurus ergo ca luce, adhibendum est igitur lumen. Sed in quo ambigis? Iul hoc, Finge maritum habere uineam ualentem centum quinqua ginta, non ne illa uinea est de mariti substantia? Fab. negari potest, Finge rursus, eum à Titio centum mutuo accepisse, uin amq; illam hypothecæ dedisse, si deinde uxorē ducat, à qua ce tum dotis nomine accipiat, eiq; eandem uineam hypothecæ d derit, mox tam illis centum quæ à Titio, q̃ quæ ab uxore acce pit, consumptis, Titio ex uinea illa satisfecit, dic rogo non ne substantia sua maritus satisfecit? Fab minime. Iul. ioco dici an serio. Fab. serio inquā. Iul. paulo ante dicebas, uineam mariti substantiam haberi. Fab & nunc ita esse aio, intelligen men ante acceptam dotem, sed ea recepta ex Imperatoris senten tia aliud est. Iul. quæ ratio differentiæ afferri potest.

Fab. dos est ius quoddam uniuersum, in se continens quod à muliere marito datur, Ita Bar. in rub. ff. sol. matri. Est igitur quod dam uniuersale, quemadmodum hæreditas, ut ibidem tenet Bar. sed uniuersale sine particularibus esse non potest, nam animal si ne indiuiduis non consistit.

Vniuersale sine particularib⁹ eē nō potest

Item si nihil rei, nihilq; iuris habuit defunctus non est hæredi tas. Ita si nihil est in dote, dos consistere minime potest, ita tenet Ias. in rub. ff. sol. matri. col. 7. nu. 34. uers. secundo contra Bar.

Iul. ergo si maritus pecuniam, quam in dotem accepit, penitus expendendo consumpserit, non erit dos. Fab. non ita est, nam lex tantum ex substantia mariti adimit, dotiq; ascribit, quātum maritus ex dote consumpsit. Iul. quonam modo hæc mi Fabi confirmas: Fab. Imperator hoc ipsum ostendit. Iul. ubi? Fab. in. d. l. assiduis. Iul. qua ratione? Fab. olim quando inter mu lierem aliumq; creditorem erat controuersia, quæ nam hypothe ca præferenda esset, leges illæ antiquæ expellentes nouam mulie ris hypothecam, anteponebāt anteriorem: & ita creditor qui erat prior tempore, per hypothecariam, mariti fundum sibi uendica bat, quamobrem mulier dote sua priuabatur, nihil. n. aliud præ ter eum fundum maritus habebat. Hinc Imperator eas leges re præhendens ait, oportebat disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, ex quibus uerbis clare patet per leges antiquas satisfactum esse anteriori hypothecæ de dote mulieris, & consequenter ille fundus mariti utriq; hypothecæ datus, de quo erat controuersia, non erat amplius de mariti substantia, sed erat in dote mulieris. Iul. & quis illum fundum doti ascripsit?

Fab. lex inquã, lex enim cum primum maritus consumpsit res in dotem datas, subrogat, atq; attribuit doti tantum de mariti bo nis, quantum ex dote consumpsit: & nisi hoc modo uersiculus il le intelligatur, nescio quid sibi uelit Imperator. Iul. certe uerba illa uidentur hoc quod ais, ostendere. Sed dicas obsecro, quomo do Imperator in uersiculo, quam ad suos &c. ait mulierem do tem possidere cũ maritus possideat. l. dotis, C. sol. matri. Fab. quia tam mulier quã maritus possidet.

Iul. ergo duo simul possident? Fab. certe, in hoc casu. Iul. Aduersari uideris Paulo Iuriscõsulto, qui in. l. possideri. §. è con trario. ff. de acqui. posses. inquit. duos eandem rem insolidũ pos sidere nequaquã posse. Fab. minime aduersor, nam in casu no stro maritus & uxor non possident dotem insolidum, sed quem admodum uxor in rebus dotalibus naturale, maritus uero ciuile habet dominium. l. in rebus in prin. C. de iur. dot. Ita mulier, res dotales naturaliter tantum possidet, maritus uero naturaliter & ciuiliter. Mulier res dotales naturaliter possidet

Iul. ergo duo naturaliter eandem rem possident, quod idem Paulus fieri posse negat? Fab. Paulus negat posse rem à duobus insolidum possideri, sed in casu de quo nunc agitur, maritus & uxor eandem rem naturaliter insolidum minime possident, sed pro indiuiso uti duo socij. sũt enim socij uitæ. l. i. ff. de rit. nup. Vxor enim quo ad uictum, & alimonias possidet, ut Imperator ait: Maritus uero, quo ad reliquos usus, Iul. bellissime mi Fabi hactenus legem hanc explicasti, perge si lubet.

Fab. Imperator huc usq; leges antiquas amicè momordit, eo q; non præstiterint mulieri prærogatiuam in hypotheca, quem admodum in personali actione præstiterunt, nunc in uersiculo ad hæc omnia, usq; ad finem legis, quid in ea re tenendum sit o stendit: Et primum ait, fecisse duas constitutiones, mulieribus subuenientes. Iul. ignosce si te interpello. Vbi nam illæ sunt? Fab. ex glos. sententia, una est. C. de iur. dot. & incipit in rebus. Altera. C. de rei ux. act. & est unica, sequitur deinde inquiens, sancimus ex stipulatu actionem potiora iura contra omnes habe re mariti creditores, licet anteriores sint temporis priuilegio ual lati, hæc est integra oratio. In qua per parenthesim interponens, ait, quam mulieribus pro dote restituenda dedimus, cuiq; actio ni donauimus inesse hypothecam.

Iul. dixisti pro dote restituenda, in textu meo inuenio insti tuenda. Fab. menda est, post hac legito restituendam, Iuli, me

mini legere in,d.l.unica.C.de rei ux.act.duplicem esse pro dote stipulationem,unam à muliere uerbis expressam, alteram tacite a lege intellectam , & ex utraque nasci ex stipulatu actionem aiunt.d l.unica . Quæ est igitur illa quæ contra omnes creditores potior habetur. Fab.utraque profecto. Iul. ergo expressa a tacita nihil differt ? Fab.nihil quo ad hoc,eadem enim est utriusque uirtus,arg l.cum quid.ff.si cert.pet.

Iul.quamobrem Imperator dicit a se hoc sancitum,cum antiquitas hoc ipsum introduxerit,ut hac.l.§.i. Fab. antiquitas tale priuilegium rei ux.act.dumtaxat præstitit. Imperator uero sublata rei ux.act.illud idem ex stipulatu actioni donauit , ut hac lege in.d.uers.ad hæc omnia. Iul.ergo ex sententia tua,Imperator in eo uers. non loquitur de tacitæ hypothecæ prælatione? Fab. ita est inquã, nam Imperator non ait hypothecam potiora iura contra omnes habere mariti creditores; sed ait , sancimus ex stipulatu actionem potiora iura contra omnes habere mariti creditores,loquitur itaque de actione ex stipulatu,quę est personalis, non autem de hypotheca, quæ est realis.l.pignoris.C.de pigno.

Iul. si ita est,cur hypothecæ mentionem fecit ? Fab.animaduerte mi Iuli, & considera diligenter uerborum constructionem, ex qua id quod dictum est,uerum esse fateberis. Iul. construe tu mi Fabi si lubet. Fab.morem tibi geram,auscultato,Imperator ait,sancimus ex stipulatu actionem , huc usque structura orationis omnino imperfecta est, omitte illa uerba, quam &c. & accipias uerba illa,potiora iura, contra omnes habere mariti creditores, & sic erit,& structura & oratio perfecta,sed quia dubitari poterat de qua actione ipse loqueretur,mox hoc declarans,ait,quam mulieribus pro dote restituenda dedimus , & quia huic actioni tacitam hypothecam Imperator iam dederat,ideo obiter inquit, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam.

Vides mi Iuli, nihil in hoc uersiculo de hypotheca præferenda ab Imperatore determinari,sed quasi declaratiue per parenthesim ea uerba adiecit. Iul. satis in hoc mihi fecisti,nunc scire uelim,an huiusmodi ex stipulatu actio sit potior contra creditores mariti habentes hypothecam ? Fab. minime,sed contra habentes personalem tantum.

Iul.si ita est,quamobrem Imperator subiungit illa uerba uidelicet,licet sint anteriores temporis priuilegio uallati ? Fab.quia si erant creditores priuilegiati,& anteriores, debebant cum muliere in personali actione saltem concurrere,l.priuilegia.ff.de pri

nileg.cred.& ibi glos.ij.

Contrarium tamen Imperator in hac actione determinat, secutus in hoc antiquas leges, quæ rei uxoriæ actionem alijs creditoribus, licet fuerint anteriores, præferebant, ut hac.l.§.i. Iul. non possum non assentiri, sed ubi nam tractatur de hypotheca mulieris præferendam.

Fab. in uers. cum enim ibi enim Imperator a pari ducens argumentum ait, Cum in personalibus actionibus tali priuilegio, res uxoria utebatur, quamobrem non in hypotheca, hoc mulieri etiā nunc indulgemus beneficium ? hæc Imperator ad uerbum. Iul. quod est istud beneficium ? Fab. hoc, ut quemadmodum in personalibus actionibus mulier ex re uxoria, creditores alios antecedebat, licet essent anteriores, ut hac.l.§.i. ita, eam, in hypotheca, alijs creditoribus & priorem tempore habeant hypothecā præferri par est.

Iul. verba hoc ipsum uelle uidentur, sed cui hypothecæ huiusmodi beneficium est cōcessum, tacitæ, an expressæ ? Fab. utrique sane. Est enim idem utriusque finis. Iul. quis nam finis. Fab. rei publicæ commodum.l.i.ff. sol. matri.l.ij.ff. de iur. dot. A fine.n. sumitur ratio eorum, quæ ad finem spectant. Arist. v. Ethic. Neque enim differentiæ ratio reddi potest, cur magis una, quā altera sit præferenda, hanc ob causam Imperator tale beneficium hypothecæ indistinctè indulget, nec nos debemus distinguere.l. de pretio.ff. ad publ.

Iul. Plerique scribentium qui de hac controuersia tractant, aiūt, mulierem, quæ tacitam habet hypothecam, præferri his qui tacitam habent etiam anteriorem, & huic sententiæ fere omnes assentiunt. At si mulier habeat expressam, alijs habentibus expressam anteriorem, eorum sententia minime præfertur, & hanc opinionem aiunt esse communem. Fab. quam differentiæ rationem afferunt? Iul. hanc. Aiunt enim tacitam hypothecam legis beneficio, tam mulieri quam alijs licet paucis esse concessam. Et ideo lex dotis fauore tale suum beneficium priori creditori facilius, iustiusque auferre potest. Sed expressa hypotheca non legis beneficio creditorum prouisione acquiritur. Quamobrem lex eā fauore mulieris, seu dotis prioribus creditoribus iuste auferre nequaq̄ potest. Lex enim suum beneficium priori creditori, mulierum gratia quandoque adimit, non propriam alicuius prouisionē adimere curauit. Hanc rationem scribentes colligunt ex glos. magna circa medium in.d.l. assiduis, eamque maior eorum pars se

quitur. Fab. & tu existimas ne eam ueram. Iul. quod plu bus uidetur, id uerum esse arbitror. Fab. deciperis profecto, sane (ut aiunt) uidelicet expressam hypothecam propria credito rum prouisione acquiri, sed hoc quod prior tempore potiori iure, habet ne creditor ex sua prouisione, an ex legis beneficio. Iul. ex legis beneficio, ut reor. l. si fundum. C. qui potior in pig. hab. & l. potior. ff. eod. Fab. recte sentis, quid igitur obstat quin lex ex glos. sententia, hoc suum beneficium priori credito ri fauore mulierum adimere possit? quandoquidem lex eoru sententia beneficium suum iuste adimit, remanebit tamen expres sa hypotheca, quam sua prouisione creditor sibi acquisiuit, ea cum suo beneficio aduersus alios posteriores creditores, in eo quod mulieris superuerit, uti poterit. Aduerte tamen mi Iuli, q lex tale beneficium priori creditori fauore mulieris penitus non adimit, sed facit ne aduersus mulierem operetur, aduersus uero alios operari utique poterit.

Iul. certe iam acquiescerem, nisi huic tuæ sententię alia scriben tium ratio aduersaretur. Fab. quænam est.

Iul. hæc inquam. Aiunt enim fiscum & mulierem æquis pas sibus ambulare. l. ij. ff. de priuil. fis. sed fiscus priuato, qui prior est tempore non præfertur. l. si fundum. C. qui pot. in pig. hab. & l. si pignus. ff. eod. huiusmodi arg. est glos. in d. l. assi duis, cui maior scribentium pars assentitur, si igitur fiscus non præfertur, ergo nec mulier præferri debet, cum pari, ut dictum est, passu ambulent. Fab. ne te moueat huiusmodi ratio mi Iu li, nihil enim aduersatur, in hoc enim casu mulier a fisco multu distat. Iul. quænam est differentiæ causa. Fab. quia magis rei publicæ interest, dotes mulieribus conseruari, quam fisco credi tum solui. Iul. quonam modo. Fab. si mulieres non habent dotes, non facile nubunt, si non nubunt, non sunt matrimonia, si non sunt matrimonia, non sunt liberi homines, si non sunt liberi homines, non sunt ciues, si non sunt ciues, nec ciuitas est, Ciuitas enim est ciuium multitudo. iij. Polit. si non est ciuitas, non est respublica: Est enim respublica, institutio eorum, qui in ciuitate degunt. iij. Polit. si igitur dotes mulieribus non conseruarentur per consequens & ciuitas & Respublica destrueretur. At si credi tum fisco non soluitur, nec ciuitas nec respublica corruit: potest enim ciuitas, & consequenter respublica sine diuitijs consistere. Nam ciuitas Romana ab initio diuitias minime habebat, & ta men erat bene ordinata ciuitas, beneque ordinata respublica.

Reipublicæ magis interest dotes mulieribus conseruari quam fisco creditum solui

Ex his itaque clare apparet multo magis reipublicæ interesse dotes mulieribus conseruari quam fisco, æs, ut aiunt, suum persolui, per consequens maius mulieribus pro dote, quam fisco priuilegium præstandum fuit: hoc tamen prælationis priuilegio, mulier aduersus fiscum non utitur. d. l. ij. de iur. fisc. Quemadmodum nec aduersus primam uxorem, seu eius filios. d. l. assiduis, & hoc modo fiscus & mulier pari passu ambulant, quia nec mulier fisco, nec fiscus mulieri legis priuilegio, sed tempore præfertur. Iul. tanta est uis rationis, ut cogat hominem inuitum etiam sibi assentiri, quamobrem iam in sententiam tuam descendo. Mulier & fiscus quomodo pari passu ambulant

Fab. & ut libentius faciliusque in eam descendas. Audi, quid Imperator deinde subdat. Iul audio. Fab. post rationes quas in mulierum fauore supra attulit, mox in uers. & ideo, inquit. Et ideo quod antiquitas dare incępit ad effectum autem non pertulit, nos pleno iuris articulo consumauimus Hæc Imperator ad uerbum.

Iul. interpretare si lubet, quid antiquitas incęperit, & quid ad effectum non pertulerit. Fab. libentissime id agam. attende.

Quisque prudens prius rem sibi agendam proponit, deinde cõsultat & inquirit media, quibus id efficiat: & si ad eam rem duo media necessaria sunt, ambo adhibet, & ita res ad effectum perducit. At si unum ex duobus adhibeat, rem ad effectum, hoc est ad finem minime perferet. exempli causa.

Prudens paterfamilias ædes sibi ædificare proponit, ad id faciendum, duo media requiruntur, cæmenta scilicet & ædificatores, quod si solum cæmenta præparet, rem quidem incipiet ad effectum autem nequaquam perferet: quamobrem finem non consequetur, si deinde ædificatores conducentur, ædificentque res omnimodo consumabitur.

Item prudens illa uetustas ad reipublicæ utilitatem respiciens, animaduertit dotatas esse fœminas maxime esse necessarium, & ideo curauit ne mulieres ab anterioribus creditoribus, substantijs maritorum præoccupatis, dote sua priuarent, ad hoc autem cauẽdum, duo media erant prorsus necessaria: unum, ut mulieres in personalibus actionibus legis beneficio, creditores alios antecederent, licet essent anteriores. Alterum erat, ut mulieres hypothecam, seu tacitam seu expressam habentes alijs creditoribus similẽ etiam anteriores habentibus præferentur. Quamobrem antiquæ illæ leges tale cæperunt dare priuilegium, si quidem mulieribus eiusmodi prærogatiuam in personalibus actiuoibus præstiterũt

& sic unum tantum adhibuerunt remedium: idcirco ad effectum hoc est ad finem rem non pertulerunt, quia mulieres dotes suas poterant adhuc deperdere, propterea quod creditores qui habebant hypothecam tacitam uel expressam anteriorem mulieribus easdem habentibus, posteriores tamen antiquitus præferebantur.

Hoc animaduertens Imperator sanciuit nouas mulierum hypothecas aliorum creditorum hypothecis, & quidem anterioribus esse præferendas. Et ita pleno iuris articulo rem consumauit. Hoc ipsum uult Imperator dum inquit. Et ideo quod antiquitas dare incæpit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno iuris articulo consumauimus.

Iul. si ita est, ergo hallucinantur doctores: qui asserunt Imperatorem in d. l. assiduis, prælationis illud priuilegium, non expressis mulierum hypothecis, sed tantum tacitis præstitisse. Fab. prorsus hallucinantur, nam si ita esset, quemadmodum Imperator arguit antiquitatem, eo quod priuilegium dare incæpit, ad effectum autem non pertulit, ita & ipse arguendus esset, quia adhuc expressam hypothecam habentes, possent a creditoribus expressam, anterioremque habentibus dote sua defraudari, & ita nec ipse rem ad effectum pertulisset, nec pleno iuris articulo rem cōsumasset, propterea quod talis iuris articulus non plenus, sed semiplenus haberetur. Quamobrem cum ipse aperte dicat rem ipsam pleno iuris articulo consumasse hoc est perfecisse, tenendum est, sine dubio ab imperatore sancitum esse, mulieres seu tacitam seu expressam habentes hypothecam, alijs creditoribus easdem etiam anteriores habentibus esse omnimodo præferendas ut dos ipsis mulieribus ob reipublicæ utilitatem conseruetur, & hæc sit summa istius legis.

Iul. Recte aiunt bonum esse, quod omnia appetunt, Ethic. i. Bonum ipsius intellectus est uerū. vi Ethic, hoc igitur summopere ipse appetit, quo inuento omnino quiescit. hæc quæ dixisti aut uera sunt, aut uero per quam similia. ideoque intellectus meus libentissime illis acquiescit. Fab. si quid boni dictū est à Deo est, ad eiusque gloriam referatur.

declaratio

CCLVI. Declaratio quid sit dos, & noua doti diffinitio.

IVL. non ab re mi Fabi script um est, omnes homines scire natura desiderare: omnes enim maximopere hoc desiderare arbitror, & nunc in me ipso experior, superius enim crebra, facta est dotis mentio, nunc scire uelim, quid sit dos. Fab. Bar. huic tuo desiderio satisfaciet. Vide eum in rubrica. ff. sol. matri Iul. uidi inueniq́ eius diffinitionem à plerisq́ acriter morderi proinde, à te illam more tuo diffiniri maximopere desidero.

Fab. conabor huic tuo desiderio satisfacere, sed prius necessarium est scire, quid sit ius. Iul. nonne est ars boni & æqui. l. i, ff. de iust. & iure. Fab. Non loquor de eo iure uniuersali, quod est uniuersum iuris corpus, sed de particulari, utputa cum dicit iter est ius, actio est ius &c. quis dicat. iter esse artem boni & æqui? oportet igitur scire quid sit huiusmodi ius, de quo sæpius leges mentionem faciunt. Iul. & hoc scire aueo. Fab. audi igitur, Ius est uniuersalis ordinatio ciuitatis, quicquid igitur ciuitas uniuersaliter ordinat, est ius, & de hoc plene dictum est superius ibi uideto. Iul. uidebo, sed quid ad rem? Fab. ut scias dotem, de qua agitur esse ius quoddam. Iul. ergo dos est ordinatio ciuitatis? Fab. prorsus, nā ciuitates ordinarunt, dotes mulieribus constitui, ut facilius nuberent: interest enim reipublicæ, ut nubant. l. i. ff. sol. matr. l. ij ff. de iur. dot. Iul. ex his iam facillime recipi potest dotem esse ius, sed quid tum? Fab. credo abs te sciri, dotem æquiuoce appellari, est enim dos animæ, quę est uirtus, dos corporis, quæ est pulchritudo, & bona dispositio, est etiam dos uxoris, & de hac nunc agatur. Iul. & hanc aueo à te diffiniri. Fab. nequāq̄ hoc auderem, nisi dixisses. Bar. i diffinitionem à plerisq́ morderi, mordeant etiam meam, suo arbitratu, morem tibi geram. Audi igitur. *Dos quare fuit constituta seu ordinata*

Dos est ius quoddam continens uniuersum ius mulieris, concessum seu promissum marito pro matrimonio. Iul. bona diffinitio, ut aiunt, ex genere & differentijs constat cumq́ suo diffinito conuertitur. l. i. ff. de dol. & ibi not. Videamus an hæc sit huiusmodi. *Dotis diffinitio noua*

Quæro igitur quamobrem dixisti, ius. Fab. ut differat à dote animæ & corporis, quæ non est ius. Iul. cur addidisti, continens? Fab. ad differentiam itineris, quod est ius, nihil continens, Insti.

de serui.rusti.ptæd. Iul.quamobrem adiungis, uniuersum ius? Fab.ut distet á uulgari substitutione, q̃ est ius, & cõtinet pupillarem, quæ est etiam ius, sed non uniuersum.l.nam hoc iure.ff. uulg.& pupil.& ibi Doc. Iul.quare adijcis, mulieris? Fab. differat ab hæreditate quæ est ius, cõtinens uniuersum ius defuncti.l.nihil est aliud ff.de uerb.sig. Iul, cur subijcis, concessum uel promissum marito. Fab.ut distet ab alijs bonis mulieris, quæ non cõceduntur marito pro matrimonio.l.fi.C.de pact.conuen. Iul.cur postremo adijcis pro matrimonio? Fab.ne uideatur donatio, quam interdum ab uxore fit ipsi marito.ff. de dona.inter uir.& ux. Iul.conuertitur ne huiusmodi diffinitio? Fab.utique, nam omne ius continens uniuersum ius mulieris concessum, seu promissum marito pro matrimonio est dos, & é contrario. Iul. acquiescerem profectò, sed quia scribentes carpunt Bar.eo q̃ dixerit, dotem esse ius uniuersale, & tu in eandem uideris foueam incidisse, ideoq́ subsisto.

CCLVII. Declaratio, Ius uniuersum quomodo intelligatur.

FAB.modestius agas obsecro mi Iuli, in quam incidi foueã. Iul. in hanc, quia tu etiam dicis dotem esse ius uniuersale. Fab.absit, non enim in diffinitione mea.dicitur, dos est ius uniuersale, sed dos est ius, continens uniuersum ius mulieris. Iul. non ne est idem. Fab. minime, nam aliud est continens, aliud contentum, sicut enim aliud est dolium, quod uinum continet, & aliud uinum, quod eo continetur. Ita aliud est dos, quod est ius continens, aliud uniuersum ius mulieris, quod illo cõtinetur: quemadmodum aliud est hæreditas, aliud uniuersum ius defuncti, hæreditas enim non est illud uniuersum ius defuncti, sed necessario in illud uniuersum ius.d.l.nihil est aliud.ff. de uerb. & rer.sig. Iul.acute differis mi Fabi, & ita esse reor, sed prius non animaduertebam, sed dic quæso, non ne dos potest esse in uno fundo? Fab.certe tot.tit.ff.de fund.dot. Iul. quomodo igitur unus fundus ius uniuersum appellabitur.

Fab. dic tu mi Iuli, si defunctus tempore mortis unum duntaxat fundũ habuit, non ne in illo fundo est hæreditas. Iul.utique. Fab. ille igitur fundus erit sine dubio, uniuersum ius defuncti, propterea q̃ hæreditas est successio in uniuersum ius defuncti.d.

l. nil est aliud. Iul. non intelligo quo pacto unus fundus possit esse uniuersum ius. Fab. ut intelligas scire oportet, hoc nomen uniuersum idem esse ꝙ totum, nam uniuersus orbis idem significat, ꝙ totus orbis, unde illud Luce 2. Exit edictum à Cæsare Augusto, ut describeretur uniuersus orbis, idest totus orbis. Hanc ob causam, si defunctus tempore mortis, mille res, & quidem uarias habuit, hæ profecto erũt totum, hoc est uniuersum ius defuncti. Vniuersum idem quod totum

Itidem si unam tantum rem licet minimam habuerit, ea erit uniuersum, hoc est totum defuncti ius. Immo si non haberet nisi æs alienum, illud esset hæreditas, & per consequens uniuersum ius defuncti. l. hæreditatis appellatio. ff. de uerb. & rer. sig.

Hoc idem pari ratione in dote recipiendum est. Nam si uxor rem unam tantum marito pro matrimonio concessisset, ea profecto esset uniuersum, hoc est, totum ius mulieris, eritꝙ perinde, ac si mille res concessisset. Nam ita granum frumenti est in se totũ, sicuti mons magnus, est in se totus, proinde, ius illud mulieris appellatur uniuersum in uno fundo, æque. ac in multis rebus, cum idem significet uniuersum, quod totum. Iul. res illæ marito concessæ, sunt ne dos. Fab. minime, sed ius quod ex eis constat, dos uocatur, Id quod hoc modo ostenditur. Necessariæ impensæ minuunt dotem, et tamen non minuunt res ipsas. l. quod dicitur. ff. de impen. in reb. dot. fac. ergo res ipsæ, non sunt dos, hinc fit, ut fundus non dos, sed dotalis appellatur. ff. de fun. dot.

Iul. dic rogo te, si mulier dedit centum marito pro dote, mox maritus petat ea centum, erit ne hæc petitio uniuersalis an particularis. Fab. particularis sine dubio. Iul. ergo dos non est ius uniuersum. Fab. aut ego non satis explico quod sentio, aut tu non intelligis. Dixi, res ipsas non esse illud uniuersum ius quod dos continet, sed sunt ipsæ per se particulares: quemadmodum res contentæ in hæreditate, non est illud uniuersum ius defuncti, sed sunt particulares. §. fi. Insti. de reb. corp. & incorp. sed quando maritus petit dotem, tunc petitio sine dubio est uniuersalis, petitur enim ius illud uniuersum. Dotis petitio est uniuersalis

E contrario si mulier petat sibi restitui res particulares, marito pro dote iam concessas, huiusmodi petitio sine controuersia dicetur particularis. At si petat dotẽ sibi restitui, tunc petitio erit uniuersalis.

Nam petendo dotem, consequenter petit ius illud uniuersum mulieris, quod dote continetur. Quemadmodum si quis peteret uniuersum ius defuncti, certe petitio uocaretur uniuersalis, sed si

peteret rem aliquam particularem hæreditariam, quod fieri p test.l.licet minimam.ff.de pet.hæred.certe petitio illa erit par cularis. Iul. ergo eadem petitio.& uniuersalis, & particula appellabitur. Fab. ita est, respectiue tamen. Nam quemadm dum equus respectu agni potest dici magnus, idē respectu m tis dicetur paruus. Iul. ita hæc quæ dicis uero consentanea u dentur. Sed dicas quæso, non ne superius dixisti, dotem non e ius uniuersale. Fab. ita est, quid tum.

CCLVIII. Declaratio quomodo impensæ minuunt dotem.

IVL. huic tuæ sententiæ, uidetur Paul. Iurecons. aperte aduersari. Nam in, l.i. ff. de dot. præleg. §. sed quod, in hæc uerba ait, sed quod diximus ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad uniuersitatem erit referendum.

Vides mi Fabi, ibi dotem à Iureconsulto uniuersitatem appellari. Fab. non ita est, nam Paulus ibi uniuersitatem appellat, illud uniuersum ius mulieris, non autem dotem. illud enim est, quod proprie diminuitur.

Et dum leges aiunt, impensis dotem minui, ponunt continens pro cōtento, & hoc clare ostendunt uerba illius textus, dos enim duo continet uniuersum ius scilicet, et corpora, quæ illo iure uniuerso continent, id quod ita interpretandum est, uidelicet quod diximus impensis dotem minui, non referas ad corpora, quę mediante illo iure uniuerso, dos continet, sed ad uniuersitatem, hoc est ad uniuersum ius, quod immediate dos continet. Et quemadmodum illa corpora, ad quæ ipsa dotis diminutio uidebatur referri a dote longe distant. ita uniuersitas illa a dote sine dubio differt: Aliud enim est uniuersum ius mulieris, aliud re uera est dos, hæc enim est cōtinens, illud uero contentum. Sicuti aliud est uniuersum ius defuncti, aliud hæreditas, quæ est successio in illud.d.l. nihil est aliud.ff.de uerb.& rer.sig.

Iul. iam ex tua sententia tenebo dotem esse ius, sed non uniuersale. Tenebo etiam dotem uniuersum ius mulieris contineri. Fab. ita prorsus sentio. Iul. tenebo præterea necessarias impensas non principaliter dotem, sed illud ius uniuersum minuere. Fab. & per consequens dotem, eo quod dos minus ob ipsas impensas contineat.

Iul. iam scire aueo, quonam modo necessariæ impensæ dotem minuant. Fab. hoc inq̃ modo, finge, res ipsas marito pro matrimonio concessas ualere centum, certe tantidem, & illud uniuersum ius mulieris ualebit. Nam quanti ualent res tanti uniuersum ius, quod ex illis constat, per consequens ualebit. Nam quanti res defuncti tempore mortis ualent, tanti uniuersum ius defuncti ualere dicendum est. Iul. iam hoc recipi potest.

Impẽse necessariæ quomodo minuant dotem

Fab. finge deinde partem ædificij dotalis corruisse, & in com instaurandam, maritum uiginti impendisse: quo facto, res dotales tanti nunc post refectum ædificium ualent, quãti prius ualebant, ualebant enim centũ, attamen mulier non dicetur habere centum in bonis, eo quod sub illo iure uniuerso continetur etiam æs alienum, hoc est illa uiginti, quæ marito propter impensas factas de bene, proinde, ius illud uniuersum mulieris minus bonorũ nunc continet, quã prius continebat, prius. n. centum, nunc uero octuaginta, deducto ære alieno, continere intelligitur.

Bona enim ære alieno deducto, intelliguntur. l. subsignatum. §. bona. ff. de uerb. sig. ideoq; dos uti continens dicitur diminuta, eo q; diminutum est illud uniuersum ius, quod dos continet. Ipsæ uero res dotales propter impensas necessarias corporaliter non diminuuntur, manebit tamen maritus in earum detentione, donec sibi satisfiat. d. l. quod dicitur.

CCLIX. Declaratio an dos promissa sit propriè dos.

IVL. bene iam explicasti, quæ mihi implicita in hunc diem uisa sunt. Vnum tamen uelim abs te mihi ulterius declarari. Fab. quid. Iul. an dos promissa sit proprie dos. Fab. utilis est hæc petitio, sed ut bene intelligas scire oportet.

Quemadmodum animal capitur ut genus, cui si hæc differentia rationale adueniat una efficitur species, diceturq; animal rationale ut puta homo, & si eidem, hæc differentia irrationale addatur, altera efficitur species, appellabiturq; animal irrationale, ut puta equus. Proinde equus est proprie animal, quemadmodũ & homo, & hoc nemo est qui neget. Iul. nemo inquam.

Dos uti genus duas cõtinet spẽs datam scilicet & promissam

Fab. Ita si dos capiatur uti genus, cui accedat hæc differentia, uidelicet data, efficitur una species, diceturq; dos data. si uero eidem adiungatur, altera differentia hoc est promissa, altera

fiet species, uocabiturq́ dos promissa. Et per consequens, tã de promissa, q̃ dos data, dicetur proprie dos. Nam genus neque magis, neque minus de una, quam de altera specie dicetur: æqualiter enim, & homo, & bos, animal est, ut Porphyrius in prædicamentis ait. Pari ratione æqualiter & dos data, & promissa, sine dubio proprie dos appellatur. Genus enim cuilibet speciei proprie inest, ut aiunt Dialectici quibus Vlpianus assentitur in l. si quid earum. §. inter emptum. ff. de leg. iii. Iul. si ita est, lege statutum de dote simpliciter loquens, de utraque loqui intelligendum est. Fab. Nempe. Iul. Quid si fiat pactum de aliqua dotis parte lucranda. Fab. idem erit, propterea puod tam de dote promissa, quam etiam de data, locum tale pactum habebit. l. ex morte. §. fi. C. de pact. conuent. ibi, dotem dederit, seu promiserit. l. fi. C. sol. matri. ibi dos, quæ dicitur data, uel promissa, & agitur ibi de stipulatione, q̃ uti etiam statutum, stricta intelligi oportet. l. quicquid astringendæ. ff. de uerb. oblig.

Summa rei in hoc articulo hæc est.

Dos promissa ē proprie dos

Dos promissa, non secus ac data, proprie dos appellatur, & est. Quemadmodum bos est proprie animal, æque atq́ homo, ut ante dictum est.

Et hoc sine dubio uerum est, nisi subiecta materia aliud postulet. arg. l. si uno. ff. locat. Iul. Hæc tua diffinitio, de qua ante dictum est, iam mihi uidetur uera, proinde eam, quasi ab omni spiculo tutam libentissime amplectar. Fab. ut lubet. Iul. si nõ est tibi molestiæ uelim abs te plusculũ petere. Fab. petito, erit mihi pergratũ. Iul. in rub. sol. matri. docto. & de continuatione. & de etymologia mentionē faciũt, ego uero iã diu super his hæsito. Fab. super quibus? Iul. an de titulo ad titulum sit facienda continuatio. item quomodo argumentum ab etymologia ualeat.

Quamobrem si placet nunc me ab hac hæsitatione liberato. Fab. de continuatione ne bis idem dicam. Videbis supra declaratione cxv.. item de etymologia leges in declaratione. lvij Vtrobiq́ enim plene tibi satisfiet, Iul. quomodo potero tales declarationes reperire? Fab. require in principio primi libelli, ibi enim omnes seriatim cum suis numeris erunt descriptæ. Iul. bene est ita faciam. Fab, est ne aliud quod a me uelis? Iul. in præsentia nihil aliud occurrit, nisi ut tibi gratias agam. proinde ingentes tibi pro tanto beneficio gratias ago. Fab. non mihi sed Deo sine quo nihil possumus recte excogitare. Iul, ita est mi Fabi, Vale iam. Fab. & tu Vale.

CCLX. Declaratio, an filius, uel eius hæres censeatur grauatus, quo ad legitimam detractionem utrum referat.

QVAESTIONIS est non spernendæ, Vtrum si pater instituto filio, dicat si filius sine filijs decesserit, bona mea restituantur, aut dentur Titio, siue distribuantur inter pauperes & huiusmodi, non expresso nominatim utrum dicta bona a filio, uel a filij hærede sint restituenda. Vtrum iuquam tale fideicommissum à filio an à filij hærede relictum censeatur, frequentior interpretum opinio est huiusmodi fideicommissum à filij hærede relictum censeri, & fas. in.l.cohæredi.§.cum filiæ. ff. de uulg.& pupill.ait hanc esse communem opinionem, Aiunt ipsi hoc scire non parum referre, nam si ab hærede relictum dicatur, legitima filij utique fidei commisso continebitur. At si à filio, legitima ex fideicōmisso detrahetur, filius enim in ea grauari minime potuit.l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testa. Hæc scribentes.

Hæc autem doctorum distinctio mihi semper displicuit, quã ob rem aliter distinguendum existimo.

Sed pro ueritate scire nos prius oportet, iure naturæ bona patris esse filijs quasi debita.l.cum ratio.ff.de.bon.dam. ubi Paulus Iureconsultus ait, ratio naturalis, quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem adiecit, ueluti ad debitã successionem eos uocando, propter quod in iure ciuili suorum hæredum nomen eis indultum est, hæc ille & hac ratione, etiam uiuo patre, quodammodo domini existimantur, unde etiam filius familias, sicut paterfamilias appellatur.l.in suis.ff.de liber.& posth. & glos.ibi exponit filius familias, hoc est dominus substantiæ, hoc tenet glos.in.§.si quis autem non implens. Aũt.de hæred.& falc.nec eo tempore, hoc est ante leges reperiebatur portio huiusmodi.quæ dicitur legitima, & propterea fortasse inter patrem & filium, aliquando controuersia oriebatur, pater enim uolebat de tota familia disponere, filius uero aduersabatur.

Bona patris iure naturæ sunt debita filiis

Legitima iure naturæ non erat

Hoc aduertentes prudentissimi illi legumlatores assignarunt ipsi filio quartam totius familiæ partem, hanc ob causam portio illa dicta est legitima. quia à lege introducta est, Ea enim

quæ sunt à lege diffinita legitima dicuntur, huius portionis iurisconsultus in.l. Papinianus.§.quarta.ff. de inoff.testa.mētionē facit, iure aūt nouissimo huiusmodi portio est tertia, seu dimidia pars pro filiorū numero, eius quod quisq; ab intestato habiturus est Aūt.nouissima, & l.parentibus .C. eod. l. Papinianus .§.si quis mortis.ff.eod. & quia filio debita est, ideo & a filio, uel ab eius hærede, & tota uel eius supplementum peti potest.l.scimus antea, & ibi scribentes.C.de inoff.testa. & est adeo filio debita, quod nec auferri, nec minui, nec a patre grauari potest l. quoniam in prioribus .C. eod. Talis igitur portio inter alias filij facultates connumeranda est, res enim in bonis alicuius esse dicit, & si tantum actionem ad illam habeat.l.rem in bonis .ff. de acqui.rer.dom.l.id apud se.ff de uerb.sign. Sed filius æquiparatur uero creditori, Bar.in.l. si quis legatum .§. fi. ff. ad .l. Corn. de fal.ergo & c.

Legitima portio īter filiī faculstates cōnumeranda ē

Sed dicet fortasse quispiam, si filio etiam uiuo patre, saltem debetur legitima posset fiscus eam ob filij delictum auferre, & pater eam præstare cogeretur, id quod scribentes apertissime negant, propterea quod legitima quo ad uerum dominium filio uiuo patre non debetur est enim non dominus, sed quodammodo dominus.d.l.in suis.

Dicas scribentium decisionem ueram esse, uidelicet legitimā uiuo patre à fisco peti non posse, ratio autem scribentium mihi nequicquam satisfacit.

Vera autem ratio est, quia licet portio legitima, quo ad proprietatem, & uerum dominium sit ipsius filij, tamen libera administratio est penes patrē, d.l.in suis, quam administrationem filius post mortem patris consequitur. Ratione igitur huius administrationis non potest fiscus legitimam in patris præiudicium auferre, quemadmodum si filius habens fundum maternū, cuius usufructus est ipsius patris.l. cum oportet .C. de bonisq; liber. aliquod delictum committeret, non posset fiscus illum à patre auferre, auferret enim patri usumfructum sine causa, id quod fiscus facere non potest, queadmodūnec princeps, ut per abbatē, & alios in c.quæ in ecclesiarum, & scribentes in.l.fi .C.si cōtra ius. & c. dicerem tamē nudam illius quartæ proprietatem esse ipsius fisci etiam uiuo patre, quemadmodum erat ipsius filiī, mortuo uero patre fiscus eam portionem & quo ad proprietatem, & quo ad administrationem occupare poterit.

Legitimā filio delinquente quā obr fiscus non potest auferre

Legitima quo ad nudam proprietatem filio delinquente est ipsi fisci

Et nota quod filius uiuo patre habet uerum dominium, sed

non plenum, nam quemadmodum enim ususfructus & proprietas plenum dominium constituunt, ut dicit Bar. in l. Meuius. §. fundo col. 2. nu. iiij. ff. de leg. ij. Ita libera administratio & proprietas plenum constituunt dominium, si ergo filius uiuo patre, non habet in sua portione administrationem consequenter, nec plenũ habet dominiũ hanc ob causam dicitur quasi et quodammodo dominus, non quia non sit uere dominus, sed quia nõ plene est dominus, deest enim sibi administratio, quam posteaquam mortuo patre consecutus est, dicetur plenum habere dominium.

Filius qui re uiuo patre dicitur quasi dominus.

Non est preterea ignorandum, ꝙ quemadmodum pater potest filio suo testamentum facere. Insti. de pupill. sub. §. igitur, ita & codicillos ei facere potest. l. Titio §. sicuti. ff. de leg. i. & ibi scribentes præsertim Ias. in. 3. col. num. 19.

Item præmitte, duplex esse fideicommissum unum scilicet uulgare per quod testatori, saltem medietate, seu in eius bonis succeditur. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupill. quemadmodũ per uulgarem, Insti. de uulg. in principio.

Fideicõmissum uulgare

Alterum uerò pupillare appellatur, & quemadmodum per pupillarem substitutionem succeditur pupillo, & in omnibus eius bonis. Insti. de pupil. in prin. & l. sed si plures. §. ad substitutos ff. eod. Ita per huiusmodi pupillare fideicommissum eidem succeditur pupillo. d. l. si Titio. §. sicuti. ff. de leg. i. hoc autem fideicommissum non potest fieri nisi ab eo, qui & pupillarem facere potest, & de hoc alibi plenè diximus.

Fideicommissum pupillare

Et quemadmodum pupillaris substitutio pubertate finitur. l. in pupillari. ff. de uulg. & pupill. ita & huiusmodi fideicommissum, pubertate euanescit. l. quod fideicommissum. ff. de leg. i.

Item sicut compendiosa, & uulgarem & pupillarem substitutionem, & fideicõmissum uulgare continet. l. precibus & ibi scribentes. C. de impub. & aliis substit. pari ratione, & pupillare fideicommissum complecti potest, quando ab initio pupillaris directa locum habere non potest, ut not. in l. uerbis ciuilibus. ff. de uulg. & pupill.

His præmissis, si quæratur an legitima fideicommisso contineatur, dicito, aut filius impubes decedit, & tunc sine dubio, & legitima, & cæteræ filij facultates fideicommissario restituendæ sunt, quippe cum eo casu fideicommissum pupillare locum habeat, d. §. sicuti, & quemadmodum in pupillari substitutione omnia bona pupilli, & consequenter etiam legitima ad substitutum pertinet. l. sed si plures §. ad substitutos ff. de uulg. et pupil.

Ita & in hoc fideicommisso pupillari, omnes filij facultates, & consequenter legitima ueniūt. d. §. sicuti poterit tamē hæres ipsius pupilli, dum bona testatoris restituit, solam trebellianicam detrahere, sicut quilibet hæres grauatus detrahere potest. C. Rainaldus de testa. l. iubemus. C. ad Trebell. nec est disputandum, an censeatur grauatus filius, uel hæres, non enim potest filius hoc casu dici grauatus, quia est perinde ac si ipse fecisset codicillos, arg. d. §. igitur. Insti. de pupil. & ex codicillis, nō faciens codicillos, sed eius hæres grauatus cēsetur. Ias. in. d. §. sicuti. 3. col. nu. 71. hoc autem fideicommissum, ut dictum est, pubertate finitur.

Filius non potest censeri grauatus in fideicōmisso pupillari

Aut filius decessit pubes, quo casu uulgari fideicommisso locus est, & tunc minime distinguendum est, an filius uel eius hæres censeatur grauatus, utroque enim casu, legitima fidei cōmisso non continentur, facultates enim filij, hoc uulgari fidei commisso minime continentur. d. §. cum filiæ sed legitima inter filij facultates connumeranda est, quippe cum filio dicatur debita. d. l. cum ratio. ff. de bon. damna. l. scripto. ff. unde lib. & ad illam filius habet actionem, ut supra dictum est, ergo in bonis filij annumeranda est. l. bonorum in fi ff. de uerb. sig. & l. id apud se cod. tit.

Fideicōmisso uulgari facultates filii non continentur

Legitima inter bona filii ē connumerāda

Item filius respectu legitimæ dicitur creditor. Ias. in. l. multi nu. 6. ff. de lib. & posth. & in. l. Marcellus. §. res quæ nu. 16. ff. ad Trebell. hæres igitur filij, omnes ipsius pupilli facultates cum ipsa legitima, habebit, solum bona testatoris restituet, è quibus Trebellianicam prorsus detrahet. §. sed quia. Insti. de fidei commis. hæred legitimam autem detrahere non dicetur, quia eam inter bona grauantis non inuenit, sed statim mortuo patre, inter filij facultater ipso iure connumeratur. solum ergo quando bona grauantis restituit ex senatuscons. Trebell. Trebellianicam detrahit, non est igitur distinguendum an censeatur filius, uel hæres grauatus, sed an filius pubes uel impubes moriatur, ut ex supradictis patet.

Filius in legitima est creditor

Sed suprascriptæ conclusioni uidetur obesse tex. in l. cohęredi. §. cum filiæ. ff. de uulg. & pupill. Vbi Papinianus in hæc uerba ait, si filium pater rogauerit, si impubes diem suum obierit Titio hæreditatem suam restituere, legitimum hæredem filij salua falcidia cogendū, patris hæreditatem restituere placuit, Ibi enim fidei commissum pupillare secundum supradicta, fuit factum, & & tamen hæreditas patris est restituenda, & sic non bona pupilli.

Dicas illa uerba; suam hæreditatem non obstare, quominus

omnia bona pupilli, & consequenter legitima, quæ inter ipsius pupilli bona connumeratur fideicommissario restituantur, perinde ac si illa uerba, patris hæreditatem, & c. adiecta non essent, arg. l. si ita scriptum. §. qui filio. ff. de bono. posses. secundum tabul. ubi Bar. dicit, si testator dixerit si filius meus in pupillari ætate decesserit, bona ipsius testatoris deueniant in talem, quæ uerba non obstant, inquit ipse, quominus sit pupillaris, quia illa uerba scilicet ipsius testatoris, perinde habentur, ac si non essent adiecta, & succedetur pupillo in omnibus bonis testatoris & pupilli, & hæc Bar.

Ita dicendum est in. d. §. cum filiæ, ubi est fideicommissum pupillare, propter quod hæreditas testatoris & bona ipsius pupilli fideicommissario restituentur, perinde ac si illa uerba hæreditatē non essent adiecta, quamobrem omnia pupilli bona, quibus & ipsa legitima continetur, & etiam quæ à patre habuit, fideicommissario sunt præstanda, solum hæres Trebellianicam retinere poterit, & hoc uolunt illa uerba, salua Falcidia, idest Trebellianica secundum glos. ibi.

In fideicommisso autem facto maiori, quod uulgare licet appellare filij facultates non continentur, quibus & legitima annumeratur, in hoc igitur fideicommisso uulgari hæres solum testatoris bona restituet, detracta Trebellianica, quam quilibet extraneus detrahere potest. d. c. Raynaldus de testa. In superiori autem omnia bona pupilli ueniunt, & consequēter ipsa legitima.

FINIS.

INDEX ALPHABETICVS TOTIVS HVIVSCE OPVSCVLI.

D

L

M

Possessio

Q

R

T

V

Ad Dei gloriam.

FINIS



ROMAE
In Campo Floræ ex officina
D. Vincentij Luchrini
A. D. 1556.


28
104




colorchecker CLASSIC
calibrite
mm